UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

Du Point de Départ des effets du Contrat de Mariage

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu le 9 Juillet 1930, à 15 heures

PAR

Ch. BOIFFIN

JURY :

MM. TRASBOT, *Professeur, Président;*
LENOAN, *Professeur;*
LAGARDE, *Agrégé.*

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549206_0022

Du Point de Départ des effets du Contrat de Mariage

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

Du Point de Départ des effets du Contrat de Mariage

THESE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu le 9 Juillet 1930, à 15 heures

PAR

Ch. BOIFFIN

JURY :

MM. TRASBOT, *Professeur, Président;*
LENOAN, *Professeur;*
LAGARDE, *Agrégé.*

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

BIBLIOGRAPHIE

AUBRY ET RAU. — *Cours de droit civil français*, 5e édition revue par M. BARTIN.

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil.*

BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS ET SURVILLE. — *Traité du contrat de mariage.*

BUFNOIR. — *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain.*

CAPITANT. — *De la Cause des obligations.*

CHAUSSE. — *De la rétroactivité dans les actes juridiques :* Revue critique de législation et de jurisprudence, 1900, p. 529.

COLIN ET CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français.*

CORNIL. — *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux.*

DALLOZ. — *Recueil périodique.* (V. spécialement note sous Cass., 18 décembre 1878, D. 79, 1, 441).

Supplément au Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, v° Contrat de mariage

DEMOGUE. — *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance,* Revue trimestrielle de droit civil, 1905;

De la nature et des effets du droit éventuel, Revue trimestrielle de droit civil, 1906;

Traité des obligations en général, des Sources des obligations.

EYGOUT. — *De l'effet rétroactif de la condition accomplie* (Thèse, Paris, 1922).

FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil.*

FUZIER-HERMANN. — *Répertoire général alphabétique du droit français,* v° Contrat de mariage.

GUILLOUARD. — *Traité du contrat de mariage.*

HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil.*

JOURNAL DES NOTAIRES. — Articles 33.658, 34.809 et 35.114.

LACOINTA. — Note au Sirey, sous Cass., 18 décembre 1878, S. 81, 1, 353.

LEBRUN. — *Traité de la communauté entre mari et femme.*

LEDUC. — *Des avant-contrats* (Thèse Paris, 1909).

LYON - CAEN. — Note au Sirey, sous Montpellier, 13 novembre 1878, S. 79, 2, 65.

PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil.*

PLANIOL ET RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français* (Tomes VIII et IX : les régimes matrimoniaux, avec le concours de M. NAST).

POTHIER. — *Traité de la communauté.*

SIREY. — *Recueil périodique.*

TIMBAL. — *Point de départ des effets du régime matrimonial* (Thèse, Toulouse, 1901).

INTRODUCTION

1. — A partir de quel moment le contrat de mariage produit-il ses effets? Est-ce dès l'instant où il est signé, ou seulement à compter de la célébration du mariage? Telle est la question que nous nous proposons d'étudier.

Il peut paraître, à première vue, sans grand intérêt de fixer le point de départ des effets du contrat de mariage. Généralement, en effet, il s'écoule un court espace de temps entre la passation du contrat et la célébration du mariage : le plus souvent la signature du contrat a lieu la veille de la célébration ou quelques jours, tout au plus, avant la cérémonie. Mais il peut arriver pour des causes diverses : accident, maladie, deuil par exemple, que l'intervalle séparant les deux dates soit plus long, quelques mois, parfois même quelques années. M. Timbal, dans sa thèse (« Point de départ des effets du régime matrimonial », Toulouse, 1901) cite [1] des cas où cet intervalle a atteint trois, neuf et même dix-huit ans.

Il peut donc y avoir un certain intérêt pratique à fixer la date à laquelle le contrat de mariage doit produire ses effets. Le mariage, par la vie commune qu'il entraîne pour les époux, va créer une situation juridique nouvelle, aussi bien dans les rapports des époux entre eux que dans leurs rapports avec les tiers, et le

(1) Pages 18 et 19.

contrat de mariage a précisément pour but de poser les bases sur lesquelles reposera cet état de droit nouveau, et de préciser les règles de fonctionnement de l'association conjugale qui va se former. Les tiers sont intéressés, au même titre que les époux eux-mêmes, à l'application de ces règles, que ce soit au point de vue des biens appartenant aux époux, des dettes que ceux-ci peuvent contracter, des droits du mari ou des garanties de la femme comme son hypothèque légale.

Et l'on conçoit, surtout lorsque l'intervalle séparant le contrat du mariage est long, que la date à laquelle le premier produit ses effets ne soit pas indifférente.

Mais la question du point de départ des effets du contrat de mariage présente aussi un intérêt théorique qui vaut qu'on se donne la peine de l'étudier, indépendamment de toute considération pratique. Le contrat de mariage, en effet, nous paraît être un bel exemple de contrat éventuel et, à ce titre, se prêter remarquablement à l'élaboration d'une théorie sur les droits éventuels et les contrats qui leur donnent naissance.

C'est cette théorie que nous voudrions esquisser brièvement dans cette Introduction. Après quoi, nous essayerons de montrer que les idées générales émises par nous se vérifient par une étude approfondie du point de départ des effets du Contrat de mariage.

2. — Pour préciser le point de départ des effets d'une convention il n'est d'autre méthode que de rechercher à quel moment cette convention est formée, car il est évident qu'une convention ne saurait produire d'effets avant d'exister.

Si les conceptions diffèrent sur le mode de formation des contrats, tout le monde, cependant, est d'accord pour admettre qu'un contrat ne peut produire tous les effets en vue desquels il a été conclu, tant qu'il ne réunit pas tous ses éléments de formation. C'est, pour M. Demogue, un « principe très certain, que le contrat ne peut produire d'effets qu'après que ses

éléments existent [1] ». « Ceux-ci (les effets du contrat) ne découlent pas d'un contrat incomplet, ils ne peuvent résulter que d'un contrat réunissant tous les éléments nécessaires à son existence juridique [2] ».

Il importe donc d'être fixé sur le moment où ces éléments de formation peuvent être considérés comme existant tous, au complet, c'est-à-dire sur le moment où le contrat peut être considéré comme formé, comme parfait.

La question n'est déjà pas si simple pour les contrats ordinaires destinés à produire leurs effets immédiatement, sitôt qu'ils sont conclus.

Nous n'en sommes plus aujourd'hui à considérer le contrat comme une opération très simple, se formant instantanément par un simple échange de consentements. Le contrat ne se forme pas soudainement : il n'est que le point final et la conclusion de pourparlers successifs au cours desquels des offres, des contre-propositions, des acceptations ont été faites. Il ne se forme pas par « un mystérieux concours de volontés... La réalité des faits est autre. Les actes juridiques ne se forment pas en un trait de temps, par un phénomène inexpliqué [3] ».

Et, d'autre part, il y a lieu de se demander si, dès avant la conclusion définitive du contrat, il n'y a pas place pour un état juridique intermédiaire, pouvant déjà produire certains effets de droit, engendrer même certaines obligations. « Le contrat, accord productif d'obligations de deux individus sur un objet d'intérêt juridique, est un acte complexe... Le contrat n'est pas un acte primitif par lequel un état créateur de droits succède au néant juridique; c'est le point d'aboutisse-

---

(1) Demogue. *De la nature et des effets des droits éventuels.* Revue trimestrielle de droit civil, 1906, p. 275.

(2) Eygout. *De l'effet rétroactif de la condition accomplie.* Thèse, Paris, 1922, p. 18.

(3) Demogue. *Traité des obligations en général. Sources des obligations.* Tome II, p. 1.

ment de toute une période de formation qui, déjà dans une certaine mesure, pouvait être créatrice d'obligations pour l'une et l'autre partie [1] ».

3. — La question se complique encore lorsque le contrat, au lieu d'être pur et simple, — ce qui se produit quand les parties donnent un consentement définitif et sans réserve et que les effets du contrat sont destinés à se produire immédiatement ou à une échéance certaine comme dans le cas du terme, — est subordonné quant à sa formation, quant à son existence même, à l'arrivée d'un événement futur et incertain. On considère généralement un tel contrat comme conditionnel. Mais n'y a-t-il pas là un abus de la théorie de la condition? Suffit-il qu'un contrat ait sa formation subordonnée à l'arrivée d'un événement futur et incertain pour qu'on puisse le considérer comme vraiment conditionnel?

On touche ici à la notion même de la condition et, par voie de conséquence, à la distinction de la condidition et de l'éventualité.

M. Bufnoir [2] donne la définition suivante : « La condition, considérée comme modalité dans les actes juridiques, est un événement futur et incertain, auquel la volonté des parties subordonne la formation ou l'extinction d'un rapport de droit ». C'est cette volonté « arbitraire » des parties de subordonner les effets de leur contrat à la réalisation de tel ou tel événement qui est la caractéristique de la condition. C'est ce qu'exprime l'art. 1168 quand il dit : « L'obligation est conditionnelle *lorsqu'on la fait dépendre* d'un événement futur et incertain ».

Lorsque, par contre, cette dépendance n'est plus l'œuvre des parties elles-mêmes, mais résulte de la volonté de la loi ou de la nature des choses, alors on

(1) Leduc. *Des avant-contrats*. Thèse, Paris, 1909, p. 1.
(2) *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, p. 1.

ne se trouve plus en présence d'une véritable condition, mais plutôt d'une « éventualité ».

Cette distinction de la condition et de l'éventualité est admise et bien établie aujourd'hui. « Tout événement futur et incertain, dit M. Demogue [1], n'est pas susceptible de jouer le rôle de condition. Il faut encore que cet événement ne soit pas un des éléments essentiels de l'existence du contrat, il faut que ce soit un fait extrinsèque, extérieur au contrat si l'on peut dire, et que, par un lien artificiel, on a rattaché à la convention... ». « Il y aura droit conditionnel, dit M. Eygout [2], lorsque rien n'empêchait ces deux individus de traiter purement et simplement l'un avec l'autre, et que c'est de leur propre volonté, pour des raisons diverses, qu'ils ont décidé de subordonner leurs droits à l'événement futur et incertain... Il y aura, au contraire, droit éventuel lorsque les contractants auront été contraints de subordonner leur contrat à l'événement envisagé, soit par la loi soit par la nature des choses ». Et M. Eygout propose le critérium suivant : « La subordination du droit à l'événement futur et incertain est-elle l'œuvre de la volonté arbitraire et libre des parties, il y a condition. Est-elle, au contraire, l'effet d'une disposition de la loi ou d'une nécessité matérielle, le droit est éventuel ».

D'ailleurs, il convient d'ajouter que cette distinction du droit conditionnel et du droit éventuel a une portée pratique limitée. Au point de vue de la construction technique et de la réglementation, le contrat éventuel peut s'analyser, croyons-nous, comme le contrat conditionnel [3]. L'intérêt de la distinction apparaît surtout, on va le voir, quand on veut déterminer

(1) Demogue. *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance.* Revue trim. de droit civil, 1905, p. 725 et s.

(2) Thèse précitée, pp. 78, 79 et 80.

(3) Dans ce sens : Demogue. *Des droits éventuels.* Revue trimestrielle de droit civil, 1905, p. 75 et 1906, pp. 235, 239, 282 et passim.

le moment à partir duquel un contrat conditionnel ou éventuel peut produire tous ses effets.

4. — A quel moment fixer le point de départ des effets d'un pareil contrat? C'est-à-dire à quel moment doit-on considérer le contrat comme formé, comme réunissant tous ses éléments de formation? Si l'on peut soutenir, avec raison, que ceux-ci n'existent au complet qu'à l'arrivée de l'événement futur et incertain envisagé, si, par conséquent, on peut admettre que le contrat, n'étant « parfait » qu'à ce moment-là, ne peut produire son plein et entier effet qu'à cette époque, on doit tout de même se rappeler que dès l'échange des consentements il y a eu un accord de passé, et on est amené à se demander si, dans une certaine mesure, cet accord n'est pas susceptible de créer déjà certains effets de droit, et même d'engendrer certaines obligations. On peut même se demander si, une fois l'événement futur et incertain arrivé, le contrat ne produira pas ses effets, non seulement dans l'avenir, mais aussi dans le passé, c'est-à-dire rétroactivement. C'est ici qu'intervient le principe de la rétroactivité de la condition, inscrit dans l'art. 1179 du Code civil qui le formule en ces termes : « La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté ».

Que faut-il penser de cette disposition?

5. — Si l'on recherche sur quelle base juridique cette règle repose, il faut avouer qu'on est assez embarrassé pour en trouver une vraiment solide.

On a tenté de justifier la rétroactivité de la condition par plusieurs systèmes.

On s'est d'abord contenté de dire qu'il y avait là une « fiction » de la loi.

Il est évident que ce système n'explique rien : il se borne à décrire le phénomène sans l'analyser [1]. « Les

(1) Dans ce sens : Eygout. Thèse précitée, p. 284 et suiv.; Demogue, art. cit. Rev. trim., 1906, p. 240.

fictions, en général, dit M. Demogue (p. 249) ne sont que des échafaudages provisoires créés par des jurisconsultes qui avaient le sentiment d'une solution juste et conforme aux intérêts pratiques, lorsque leur technique juridique était trop imparfaite pour les amener à ce résultat ».

La théorie de la « confirmation » du droit par l'arrivée de l'événement n'est pas plus satisfaisante [1]. Cette théorie, qui est encore défendue par M. Capitante [2], est incapable d'expliquer pourquoi, lorsque la condition est défaillie, ce contrat, qu'on nous présentait comme complet, se suffisant à lui-même et ayant tous ses éléments de formation réunis dès l'échange des consentements, doit être désormais considéré comme n'ayant jamais existé.

Quant au système qui base la rétroactivité de la condition sur une intention présumée des parties, lui non plus n'est guère soutenable [3]. Car, si l'événement envisagé est incertain, il est aussi futur, et l'on fait remarquer avec raison qu'il est douteux que ce soit là l'idée qui ait dicté aux rédacteurs du Code la disposition de l'art. 1179, puisque, en matière de risques, l'art. 1182 édicte des solutions qui ne cadrent pas du tout avec l'idée que l'acquéreur conditionnel a voulu être propriétaire dès le jour du contrat.

En réalité, la rétroactivité de la condition trouve sa raison d'être dans une nécessité d'ordre pratique. « Les parties ont voulu, dit M. Chausse [4], que le droit du propriétaire conditionnel ne pût être paralysé ou amoindri par les actes du possesseur intérimaire. Il faut donc effacer le passé et faire remonter les droits du créancier conditionnel au jour de la passation du contrat ».

---

(1) Dans ce sens : Eygout. Thèse précitée, p. 288 et suiv.; Demogue, art. cité, p. 240 et suiv.

(2) Capitant. *De la cause des obligations.* 3 éd. n° 28.

(3) Chausse. *De la rétroactivité dans les actes juridiques.* Revue critique, 1900, p. 541 et 542; Eygout, op. cit., p. 291 et s.; Demogue, art. cité, p. 244.

(4) Art. cité, p. 542.

« Quand j'acquiers un droit de propriété ou un droit réel quelconque sur une chose, dit M. Demogue [1], et que ce droit est soumis à une condition suspensive, j'ai pratiquement le désir que cette chose m'appartienne véritablement le jour où la condition arrivera. Je ne veux pas que, si, entre temps, il a plu à mon cocontractant de vendre la chose purement et simplement à une autre personne, celle-ci me soit préférée et que je n'aie plus qu'un recours contre mon aliénateur pour l'acte malhonnête dont il s'est rendu coupable ». « Il (l'acheteur), dit M. Eygout [2], a vraisemblablement contracté pour s'assurer la chose elle-même et non des dommages-intérêts... ». La rétroactivité de la condition est donc « fondée moins sur une intention des parties... que sur un besoin de sécurité dans les affaires [3] ».

6. — Mais pour protéger le droit du créancier conditionnel, est-il besoin de faire appel à la rétroactivité, de considérer le contrat comme ayant toujours existé dès le jour de l'échange des consentements? Il est permis de penser que non. « L'aliénateur sous condition, dit M. Chausse [4], n'a pu constituer des droits plus étendus que le sien propre ». « Il ne reste plus à l'aliénateur, dit M. Demogue [5], qu'une propriété temporaire, et en outre la chance de garder la propriété de façon indéfinie, si la condition n'arrive pas. Si donc, avant l'arrivée de la condition, il peut encore vendre sa chose, il ne fera acquérir que ce qui lui reste de droit ».

M. Eygout, il est vrai, nie que la règle « Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet » puisse donner au créancier conditionnel une sécurité aussi grande que la rétroactivité. « Il est inexact,

(1) Art. cité, p. 247 et 248.
(2) Op. cit., p. 294 et suiv.
(3) Demogue, loc. cit.
(4) Art. cit., p. 543.
(5) Art. cité, p. 249.

dit-il [1] de considérer celui qui a disposé de sa chose sous condition comme ne pouvant plus en disposer purement et simplement au profit de tiers... Dans la vente sous condition suspensive, le vendeur conserve provisoirement entière cette capacité de consentir valablement des droits réels sur sa chose... En faisant au profit de tiers des actes de disposition pure et simple, le vendeur conditionnel ne leur accorde pas plus de droits qu'il n'en a lui-même... ».

Ces affirmations sont une conséquence de cette idée, que M. Eygout développe au début de sa thèse, à savoir que le droit conditionnel n'existe pas encore « pendente conditione », mais naît seulement à l'arrivée de la condition. « La condition suspensive, dit-il [2], atteint l'obligation dans son existence même:.. C'est le consentement même (du contractant) qui est affecté de la condition. C'est donc la formation même du contrat qui dépend de celle-ci puisqu'un contrat ne saurait exister sans l'un de ses éléments essentiels... Le droit conditionnel qui résulte du contrat n'existe pas encore « pendente conditione »; c'est à tort qu'on dit qu'il existe sous condition; quelque chose qui n'existe que sous condition suspensive est quelque chose qui existera peut-être, mais qui, pour le moment, n'existe pas ».

Est-il possible de donner à cette opinion une approbation sans réserve? Jusqu'à quel point peut-on prétendre, comme le fait M. Eygout, que jusqu'à l'arrivée de la condition, le droit conditionnel n'existe encore pas?

Nous voici amenés, en conclusion de la critique que nous avons faite de la règle de la rétroactivité de la condition, à rechercher comment doit s'analyser juri-

(1) Op. cit., p. 298 et 299.

(2) Op. cit., p. 16 et suiv

diquement, le contrat conditionnel, ou éventuel [1], à proposer une construction technique satisfaisante au point de vue du droit comme au point de vue de la pratique.

7. — Il est bien certain, comme le dit M. Eygout, que le contrat conditionnel, dont les parties ont eu en vue la conclusion en échangeant leurs consentements, n'est formé qu'à l'arrivée de l'événement, et que, par suite, ce n'est qu'à ce même moment qu'il pourra produire tous ses effets. Mais il ne s'ensuit pas nécessairement que, jusque-là, le créancier conditionnel n'ait aucun droit. Indépendamment des articles 1179 et 1180 du Code civil qui parlent des « droits » du créancier conditionnel, il y a ce fait, dont M. Eygout ne tient pas compte, c'est que, dès l'échange de leurs consentements, les parties sont liées; leur accord produit déjà un effet obligatoire au moins en ce sens qu'il ne peut être modifié que de leur consentement mutuel. Et c'est là une constatation importante. Nous sommes en présence non pas d'une simple situation de fait mais d'un état de droit, intermédiaire entre le néant juridique antérieur à l'accord et le contrat définitif, qui sera parachevé à la réalisation de la condition. Comment définir, comment analyser cet état de droit?

8. — Nous nous trouvons ici en présence de deux conceptions.

La première, qui a été exposée par M. Demogue dans ses deux articles sur les droits éventuels parus dans la « Revue trimestrielle de droit civil de 1905 et 1906, et dans son récent « Traité des obligations en général. Les Sources des Obligations », paru en 1923,

(1) Ce que nous dirons du contrat conditionnel vaudra également pour le contrat éventuel, la seule différence intéressante à noter étant que l'art. 1179 du Code civil ne peut s'appliquer qu'aux obligations proprement conditionnelles, et n'a pas besoin d'être écarté pour les obligations éventuelles qui ne sont pas visées par le texte de cet article. Dans ce sens : Eygout. Thèse précitée, p. 80.

repose sur cette idée que « les divers éléments d'un acte juridique, au lieu de coexister, peuvent se réaliser successivement [1] », et que le contrat, avant de parvenir à sa forme définitive, avant de posséder une structure complète, passe par un ou même des états intermédiaires successifs que M. Demogue appelle des « avant-actes ». Le contrat serait en quelque sorte une « opération à procédure », dont l'élaboration serait comparable à celle de certains actes du droit public [2].

Voici comment M. Demogue expose « la conception technique qui résume le mieux les nécessités pratiques sur les avant-actes [3] :

« ... La conception technique qui nous semble préférable consiste à voir dans la promesse de contrat ou d'acte une théorie spéciale.

Des éléments d'un contrat ou d'un acte, volonté, objet, etc., se sont groupés dans un des moules traditionnels d'actes juridiques : contrat, testament, ou en droit public : vote d'une assemblée, d'un conseil, décret, arrêté ministériel, etc. Par cela seul, ils sont comme cristallisés et attendent dans cet état que des éléments nouveaux viennent les compléter. L'avant-acte est une assise définitive d'un acte à parfaire.

... La conception paraît formaliste. Pourquoi les éléments d'un contrat se perpétuent-ils par cela seul qu'ils se sont glissés dans un moule juridique? Pourquoi ici le : *forma dat esse rei?* C'est que la loi présume que ces éléments forment déjà une situation de fait sur laquelle les autres personnes ont compté. La sécurité veut qu'il en soit ainsi et cela est naturel : le moule juridique frappe l'esprit du public, qui voit là une situation stable sur laquelle il fera fonds [4] ».

---

(1) Revue trim., 1906, p. 231.

(2) Comp. Hauriou. *Principes de droit public*, 2e éd., p. 137 et suiv.

(3) *Des obligations*. Tome II, p. 107.

(4) V. également : op. cit., p. 9 : « La volonté coulée dans ce moule a force juridique suffisante pour qu'il y ait avant-acte. »

9. — A cette conception de l'avant-acte, s'oppose une autre théorie, celle de l'avant-contrat, qui consiste à admettre, non pas que le contrat peut se former progressivement par la réunion successive de ses divers éléments de formation venant petit à petit se joindre les uns aux autres, mais que le contrat définitif est le dernier d'une série, dont les termes précédents sont déjà des contrats, chacun d'eux préparant la conclusion du suivant, et permettant d'arriver plus près du résultat final, du contrat définitif que les parties avaient en vue en commençant leurs tractations, et qui, lui, produira tous les effets voulus par les contractants.

Cette conception, d'origine allemande, est évidemment bien différente de la précédente. « Degenkolb, Göppert et Ruggiero voient, dans l'avant-acte, non pas une phase de la réalisation d'un contrat mais un contrat existant par lui-même. Il n'y a pas là une simple étape, dit Göppert. Il y aurait donc un contrat ayant pour but de faire contracter. Cette conception, qui veut voir dans l'avant-acte un acte juridique complet..., conduirait à dire qu'il résulte de l'avant-contrat une obligation de faire : celle de vouloir le contrat, se traduisant en dommages-intérêts [1] ».

Si on cherche à analyser de plus près l'avant-contrat, à déterminer quels sont ses éléments de formation, on doit admettre d'abord que la cause, c'est-à-dire le but poursuivi par les contractants, en est la « conclusion du contrat définitif [2] ». En d'autres termes, *les parties se proposent dans l'avant-contrat de déterminer et de préciser l'objet des obligations qui prendront naissance par l'effet du contrat définitif.*

Quant aux obligations que l'avant-contrat lui-même engendre, elles ont un double objet : 1° Le débiteur contracte une obligation *de faire,* c'est-à-dire de *donner son consentement au contrat définitif* — (c'est cela

(1) Demogue. *Obligations.* II, p. 107.
(2) Capitant. *La Cause des Obligations.* 3e éd. n° 28, p. 66.

qui constitue *une promesse*) — quand il plaira au créancier ou bien à l'arrivée de tel événement convenu entre les deux contractants. Et ce ne sera pas n'importe quel consentement : ce sera un consentement à un contrat qui donnera naissance à des obligations, dont l'objet aura été déterminé, fixé dans l'avant-contrat; 2° Le débiteur contracte une obligation de *ne pas faire*, conséquence de la précédente, et qui consiste à *ne rien faire qui puisse empêcher la conclusion du contrat définitif, rendre incertain ou indéterminé, ou modifier l'objet des obligations découlant du contrat définitif, tel que cet objet a été fixé dans l'avant-contrat*. Et au point de vue des conséquences de l'avant-contrat, cette deuxième obligation n'est pas moins importante que la première. Le respect d'une promesse importe autant que cette promesse elle-même.

Enfin, faisons remarquer que si le contrat définitif ne se conclut pas, les obligations de l'avant-contrat deviennent sans cause, et par suite sans effet (article 1131). C'est ce qu'on peut exprimer en disant que l'avant-contrat est « caduc » si le contrat définitif ne se forme pas.

10. — C'est surtout à propos de la promesse unilatérale de vente que les théories de l'avant-acte et de l'avant-contrat ont été élaborées. Et c'est assez naturel, car la division de l'opération en deux temps y est évidente : d'abord un engagement du promettant accepté par le bénéficiaire, ensuite la déclaration du stipulant qui vient sceller le contrat définitif.

Nous voudrions essayer de montrer que le contrat conditionnel, — et son émule : le contrat éventuel, — peuvent aussi s'analyser par l'avant-contrat, de préférence à l'avant-acte.

Le rapprochement de la vente conditionnelle synallagmatique et de la promesse unilatérale de vente nous semble permis : car, au fond, qu'est-ce qu'une telle promesse, sinon une vente conditionnelle où la

condition réside dans l'acceptation définitive du bénéficiaire. L'obligation sous condition potestative n'est nulle que lorsqu'elle dépend de la volonté du débiteur (a. 1174) : ici elle dépend de la volonté du créancier qui est le stipulant. Cette façon de comprendre la promesse unilatérale de vente est contestée par M. Leduc qui rejette « toute assimilation entre le droit résultant d'un avant-contrat et un droit conditionnel [1] », mais admise par M. Eygout [2], et M. Demogue lui-même [3] reconnaît que « ce contrat peut en réalité être rapproché beaucoup d'un contrat conditionnel. Nous sommes en présence d'une éventualité (le consentement du stipulant) très voisine d'une condition... L'utilisation de la promesse réalisera son effet à la façon d'une condition : comme un déclic qui fera sortir du moule le contrat déjà tout formé suivant les intentions des parties... ».

Nous voudrions voir étendre le domaine de l'avant-contrat de la promesse unilatérale de vente considérée comme avant-contrat unilatéral à la vente conditionnelle considérée comme un avant-contrat synallagmatique.

Sans doute, l'avant-contrat, sauf dans quelques cas particuliers, n'a jamais été envisagé que pour des promesses unilatérales et non pas pour des promesses synallagmatiques. M. Leduc, qui a consacré une thèse importante à l'Avant-Contrat (Paris, 1909), n'envisage que l'avant-contrat unilatérial et conteste la possibilité d'un avant-contrat synallagmatique. « Puisqu'il suffit, dit M. Leduc [4], de l'échange des consentements pour conclure un contrat donné, si les deux parties ont déjà consenti, il y a contrat présent ou à terme ». Plus loin, il ajoute [5] : « Conclure un contrat obligeant

(1) Thèse précitée, p. 38.
(2) Thèse précitée, p. 22, n° 15.
(3) Revue trim. dr. civil, 1906, p. 234.
(4) Thèse précitée, p. 163.
(5) Op. cit., p. 166.

à la conclusion sans aucune condition nouvelle d'un autre contrat, c'est en réalité conclure ce dernier contrat. De deux choses l'une : ou il y a expression de la volonté présente de s'obliger et par conséquent d'ores et déjà contrat principal, dont l'exécution peut bien être différée mais dont la conclusion est actuelle, et la répétition des mêmes volontés concordantes dans les mêmes formes ne saurait offrir aucun sens, — ou il n'y a pas de consentement présent, mais seulement une promesse de consentir dans l'avenir à un moment indéterminé, et dans ce dernier cas il n'y a pas plus avant-contrat que contrat principal, il n'y a qu'un simple projet non obligatoire. »

Nous ne partageons pas, sur ce point, la façon de voir de M. Leduc. Qu'il y ait déjà contrat définitif lorsque les deux parties se sont engagées à conclure un second contrat dont les clauses seront identiques à celles du premier, et que la conclusion du deuxième contrat ne dépend d'aucun fait nouveau, d'accord. Et lorsque les parties conviennent de reporter la conclusion du second contrat à une époque ultérieure *déterminée*, on doit admettre qu'il y a simplement contrat à terme dont l'exécution seule est différée.

Mais, lorsque les deux parties expriment leur volonté de voir leurs obligations ne prendre naissance qu'à l'arrivée d'un événement *futur* et *incertain*, donc à une époque *indéterminée* — (il se peut d'ailleurs que ce soit là une conséquence de la nature du contrat bien plus que de la volonté des parties, comme c'est le cas pour les contrats « éventuels »), — de telle façon que non seulement on ne puisse pas exécuter ces obligations dès maintenant, mais qu'on ne sache même pas si elles prendront jamais naissance, alors pourquoi ne pourrait-on pas voir là un avant-contrat synallagmatique, d'autant plus qu'on ne se trouve pas en présence d'un « simple projet non obligatoire », comme dit M. Leduc. La conclusion du contrat définitif n'est pas possible dès maintenant, puisque les obligations définitives ne peuvent exister avant l'arrivée de l'événement

futur et incertain : ce sera, par exemple, l'acquéreur conditionnel qui ne voudra acquérir la maison que lorsqu'il sera nommé dans la ville (son obligation de payer le prix est jusqu'à ce même moment sans cause, de même que l'obligation du vendeur de transférer la propriété de sa maison). Cependant les parties sont liées l'une envers l'autre : elles ne peuvent se dégager de leur engagement réciproque, comme dans le cas d'une offre ou de négociations préliminaires.

Dans ces conditions, pourquoi ne pas expliquer la formation du contrat conditionnel, — ou éventuel, — de la façon suivante : le jour où elles ont échangé leurs consentements, les parties ont conclu un avant-contrat dans lequel elles se sont engagées à donner leur consentement au contrat final qui ne doit se former qu'à l'arrivée de l'événement futur et incertain, et elles ont fixé à l'avance la nature et l'étendue des obligations qui en découleront à leur charge. En d'autres termes, elles ont adhéré par avance au contrat définitif et en ont fixé toutes les clauses. La conclusion du contrat définitif, à l'arrivée de l'événement, ne sera plus, dans ces conditions, que l'exécution de l'avant-contrat. Il sera donc inutile de demander à nouveau aux deux parties d'exprimer leur volonté de conclure ce contrat définitif. On peut ici appliquer, — en le transposant, — au contrat consécutif à un avant-contrat synallagmatique ce que M. Leduc dit à propos du contrat consécutif à un avant-contrat unilatéral : « A quoi bon exiger des promettants une nouvelle déclaration de volonté? Leur consentement a déjà été donné sans restriction; l'autre partie en a pris acte. Il n'y a pas à le demander de nouveau : il est [1]. » « Il n'est donc pas besoin, pour que le contrat définitif soit conclu, que les promettants y coopèrent...; ils n'auront après la conclusion de l'avant-contrat qu'un rôle passif [2] ». Et plus loin : « ... Sans doute, nous sommes

(1) Comp. Leduc. Op. cit., p. 151.
(2) Comp. Leduc. Op. cit., p. 152.

dans la phase préparatoire d'un contrat à venir (contrat définitif) : mais cela ne doit rien enlever à l'effet obligatoire du contrat passé (avant-contrat), dont la conclusion du contrat définitif est un acte d'exécution. Le retrait de leur consentement par les promettants sera inopérant, car celui qui s'est lié par un contrat ne saurait s'opposer à l'exécution de ce contrat [1]. »

Si on admet bien l'explication des promesses unilatérales de vendre et d'acheter par la notion d'avant-contrat, pourquoi ne pas en faire de même lorsqu'il s'agit de cette promesse synallagmatique qu'est en réalité le contrat conditionnel? Sans doute, dans l'avant-contrat unilatéral ordinaire, comme la promesse de vente, la formation du second contrat est apparente. Cette promesse étant unilatérale, il faut, pour que le contrat définitif se forme, le consentement exprès du stipulant. Au contraire, dans le contrat conditionnel, les deux parties sont engagées par leurs promesses, elles ont toutes deux promis de donner leur consentement au contrat définitif lorsqu'arriverait l'événement convenu. Aussi, à l'arrivée de la condition, aucune convention expresse et apparente n'est-elle nécessaire pour que le contrat définitif se forme : celui-ci sera « tacitement conclu », comme M. Leduc admet qu'il l'est à propos de l'avant-contrat unilatéral [2]. L'échange des consentements aura lieu *tacitement* et *automatiquement*, comme un « déclic, qui fera sortir du moule le contrat déjà tout formé suivant les intentions des parties [3]. » Mais cette formation du contrat, pour être cachée n'en est pas moins réelle.

11. — Il nous reste maintenant à dire pourquoi, dans l'analyse que nous venons d'exposer des contrats conditionnels ou éventuels, nous nous sommes ralliés

(1) Comp. Leduc. Op. cit., p. 161.
(2) Leduc. Op. cit., p. 152.
(3) Demogue. *Revue trim.*, 1906, p. 234.

à la théorie allemande de l' « avant-contrat » plutôt qu'à celle de l' « avant-acte », exposée par M. Demogue.

Pour celui-ci [1], « on complique le droit en prévoyant à côté des contrats ordinaires des contrats préparatoires qui seraient des promesses de contrat ». A la théorie de l'avant-contrat, qui lui semble trop rigide, il préfère la théorie de l'avant-acte, plus souple d'après lui.

Cependant, cette théorie de l'avant-acte nous semble insuffisante, tout au moins sur un point important. La grosse difficulté, en ce qui concerne les contrats conditionnels ou éventuels, c'est d'expliquer que, bien que les effets du contrat ne se produisent qu'à l'arrivée de l'événement envisagé comme condition ou éventualité, dès l'échange des consentements les parties sont liées : elles ne peuvent plus revenir sur leur parole. Et non seulement elles ne peuvent plus se dégager sans leur consentement mutuel, mais encore elles doivent s'abstenir de tout acte, positif ou négatif, qui viendrait altérer leurs promesses ou mettre obstacle à leur réalisation [2]. Au moins dans cette mesure, déjà fort importante, leur accord produit un effet obligatoire.

M. Demogue, pour l'expliquer, se borne à dire que « la volonté, coulée dans un des moules juridiques admis, contrat, testament..., a force juridique suffisante pour qu'il y ait avant-acte [3]. » D'après lui, si « les éléments d'un contrat se perpétuent par cela seul qu'ils se sont glissés dans un moule juridique..., c'est que la loi présume que ces éléments forment déjà une situation de fait sur laquelle les autres personnes ont compté [4]. »

---

(1) Art. cité, p. 258.

(2) Chaque contractant ne doit rien faire « de contraire à la réalisation de la vente conditionnelle qu'il a promise ». Eygout. Thèse précitée, p. 296.

(3) *Obligations*. II, p. 9.

(4) Op. cit., p. 107.

Cette explication nous paraît insuffisante. Il nous paraît difficile d'admettre qu'un élément isolé d'un contrat, même s'il s'agit du plus important : la volonté, puisse à lui seul produire un effet obligatoire, avoir une « force juridique suffisante » pour lier deux contractants. Pour nous, un accord de volontés qui produit un effet obligatoire entre les parties, c'est un contrat. La situation dans laquelle se trouvent les deux parties, à la suite de cet accord, n'est pas, comme le dit M. Demogue, une simple « situation de fait ». Il y a là un état juridique, un véritable lien contractuel. Ce lien, une fois noué, ne peut être brisé par la volonté d'un seul : il tient lieu de « loi », comme dit l'art. 1134, à ceux qui l'ont créé. Il ne pourra être dénoué que de leur consentement mutuel. Et cette nécessité du consentement mutuel des contractants pour modifier le contrat conditionnel ou éventuel, nous amène logiquement, par application de l'art. 1134, à tenir ce contrat pour « légalement formé » dès le moment où les consentements ont été échangés : *on n'est pas engagé par une convention qui n'existe pas.*

C'est pourquoi nous donnons la préférence à la théorie de l'avant-contrat, — qui explique bien ce premier état de droit déjà créateur d'obligations entre les parties, — sur la théorie de l'avant-acte qui, à notre avis, ne l'explique pas.

12. — Il convient, ici, d'examiner une objection qui pourrait être faite à la théorie du contrat conditionnel ou éventuel analysé par l'avant-contrat, comme nous venons de le faire.

A cet argument, selon nous capital, qui consiste à dire : le contrat conditionnel, étant obligatoire dès sa conclusion, doit être dès ce même moment considéré comme légalement formé, car on n'est pas engagé par une convention qui n'existe pas, ne pourrait-on répondre : mais on peut être engagé « délictuellement », en vertu de l'art. 1382, et les actes accomplis par les parties, entre le contrat et l'arrivée de la condition ou de

l'éventualité, en contravention du contrat, doivent être considérés comme des « délits » ?

Nous ne croyons pas qu'on puisse expliquer le caractère obligatoire du contrat conditionnel ou éventuel par l'art. 1382 ni considérer les violations de ce contrat commises par les parties comme des délits.

En fait, qu'est-ce que dit l'art. 1382? Il pose un principe général, à savoir qu'on doit s'abstenir de causer sans droit un dommage à autrui. Il établit une obligation générale qui consiste le plus souvent à « s'abstenir » de toute violence ou de toute fraude envers autrui, de manquer à certaines règles d'habileté ou à exercer une surveillance sur certaines personnes ou certaines choses [1]. Celui qui contrevient à cette obligation générale, commet une faute : c'est le délit, réprimé par l'art. 1382.

Mais si, au lieu de contrevenir à ces obligations légales générales contenues implicitement dans les articles 1382 et 1383, on contrevient à une obligation particulière qui a pris sa source dans un accord entre deux volontés individuelles, c'est-à-dire à une obligation contractuelle, alors on commet bien une faute, mais qui ne sera pas un « délit » : ce sera une faute contractuelle. Il est entendu, d'ailleurs, que toutes les deux, faute délictuelle ou faute contractuelle, donnent naissance à l'obligation pour l'auteur de la faute de réparer le dommage. Mais il y a, à l'origine de ces deux fautes, cette différence que le délit est la violation d'une obligation « légale », tandis que la faute contractuelle est la violation d'une obligation « conventionnelle » [2].

Car, pour l'une comme pour l'autre, il faut qu'il y ait à l'origine une obligation préexistante. Si cette obligation primitive n'existe pas, il ne peut y avoir de

(1) V. Planiol. II, n° 865.

(2) V. Planiol, II, n° 876.

faute [1]. « Une personne ne peut pas être en faute, si elle n'était tenue de rien avant l'acte qu'on lui reproche [2] ».

Or, dans le cas qui nous intéresse : contrat conditionnel ou éventuel produisant effet obligatoire dès sa conclusion, peut-on dire que les parties sont tenues de le respecter en vertu de l'art. 1382?

« On dit, à tout moment, qu'une personne est tenue de ses fautes « en vertu de l'art. 1382 ». Cela est vrai dans un certain sens, car c'est cet article qui oblige l'auteur de la faute à en réparer les conséquences; mais *ce texte n'a que la valeur d'une sanction :* il est, pour les obligations légales, ce qu'est l'art. 1142 pour les obligations conventionnelles; il en garantit l'exécution...; par lui-même, il ne contient aucune obligation particulière [3] ».

Par conséquent, l'art. 1382 est écrit pour faire respecter ces obligations générales d'abstention dont nous avons parlé plus haut, notamment celle qui consiste à s'abstenir de toute fraude, c'est-à-dire de tout acte destiné à tromper autrui; en un mot, il nous commande d'agir avec bonne foi.

Sans doute, l'art. 1134 stipule-t-il que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Mais cette disposition trouve naturellement sa sanction dans l'art. 1142, et non pas dans l'art. 1382. Celui qui n'exécute pas un engagement qu'il a pris, ou qui l'exécute avec mauvaise foi, tombe sous le coup des art. 1134 et 1142 avant d'être frappé par l'art. 1382, qui prend place dans le Code Civil sous la rubrique : « Des engagements qui se forment sans convention. » L'art. 1382 ne concerne pas les fautes qui peuvent être commises dans l'exécution d'une convention [4].

---

(1) V. Planiol. II, n°s 863 et 876.
(2) Planiol. II, n° 863.
(3) Planiol. II, n° 865.
(4) V. notamment Req. 21 janvier 1890, D. 91, 1, 380.

Au fond, la question qui se pose est celle-ci : il est certain, incontestable, que, dès sa conclusion, le contrat conditionnel ou éventuel « lie » les contractants. D'où tient-il cette force obligatoire? Il ne peut la tenir que de deux sources : la loi, — et alors c'est l'art 1382 qui joue, — ou la volonté des parties, — et ce seront les art. 1134 et 1142 qui s'appliqueront.

Or, il n'est pas possible, croyons-nous, de prétendre que ce soit la volonté de la loi qui ait créé cette force obligatoire du contrat conditionnel, qui ait lié les deux contractants l'un à l'autre. La loi n'oblige personne à contracter. Elle intervient seulement (a. 1134), une fois l'accord passé, pour obliger ceux qui l'ont consenti à le respecter. Mais ceux-ci étaient entièrement libres de ne point s'engager. S'ils se trouvent tenus l'un envers l'autre, c'est qu'ils l'ont bien voulu.

C'est donc la volonté des parties elles-mêmes qui donne force obligatoire à l'accord. Et un accord de volontés, produisant effet obligatoire, c'est un contrat, c'est un contrat parfait, légalement formé.

Quant à la responsabilité qu'encourrait une des parties en contrevenant au contrat conditionnel ou éventuel avant l'arrivée de la condition ou de l'éventualité, elle ne saurait être considérée comme une responsabilité délictuelle, basée sur l'art. 1382, comme le serait une responsabilité « précontractuelle », consécutive à une offre ferme ou même à de simples négociations préliminaires [1].

Il n'est pas possible de considérer une vente conditionnelle, par exemple, conclue et signée après des pourparlers peut-être longs et difficiles, comme une offre ou de simples négociations préliminaires. Il y a là un véritable contrat et la responsabilité dont il s'agit nous paraît être une responsabilité contractuelle basée sur l'art. 1142.

---

(1) Comp. l'art. de M. Saleilles, sur la responsabilité précontractuelle, dans la Rev. trim. de droit civil, 1907, p. 697.

13. — Il nous reste, pour terminer notre analyse du contrat conditionnel ou éventuel, à présenter deux observations.

C'est d'abord que la rédaction d'un écrit pour la constatation du contrat définitif est inutile. Ce contrat, nous l'avons dit, se forme automatiquement au moment de l'arrivée de la condition par un échange de volontés tacites résultant de l'avant-contrat. Pour celui-ci, un écrit était nécessaire, car c'est dans l'avant-contrat qu'est précisé et fixé l'objet des obligations découlant du contrat définitif, et il fallait, en cas de contestation, un écrit qui servît de preuve aux prétentions du demandeur.

De même, le fait que ce soit dans l'avant-contrat que les promesses aient été faites et que l'importance des engagements que prendront les parties dans le contrat définitif ait été fixé, explique que ce soit ce jour-là qu'il faille se placer pour examiner les conditions de validité de la convention définitive. Sans doute, ce n'est qu'à l'arrivée de l'événement futur et incertain que l'échange tacite des consentements a lieu, mais à ce moment-là les parties ne sont pas libres de refuser leur consentement : le fait de donner leur consentement ne constitue de leur part que l'exécution de la promesse qu'elles ont assumée le jour de l'avant-contrat. Par conséquent, c'est ce même jour qu'il faudra se placer pour examiner la validité du consentement des parties et voir s'il n'a pas été entaché par quelque vice : erreur, dol, violence, incapacité. D'où il suit notamment que si, le jour de l'avant-contrat, les parties étaient capables, l'incapacité de l'une des parties survenant entre ce jour et la réalisation de la condition ou de l'éventualité n'empêcherait pas le contrat définitif de se former valablement. Et réciproquement, si l'une des parties était incapable au moment de l'avant-contrat, elle aura beau devenir pleinement capable avant l'arrivée de l'événement, le contrat définitif ne sera pas valable, il sera annulable.

14. — Nous avons essayé d'esquisser, à grands traits, la théorie des contrats conditionnels et éventuels, analysés grâce à la notion d'avant-contrat, que nous avons généralisée, étendue de son domaine habituel : la promesse unilatérale à un domaine plus vaste : celui des promesses synallagmatiques.

Mais une théorie, — et la remarque vaut pour le droit comme pour toute autre science, — n'a d'intérêt et de valeur qu'autant qu'elle peut s'adapter, en l'expliquant, à la réalité des faits et satisfaire aux besoins de la pratique.

Nous allons donc appliquer les idées générales que nous venons d'exposer à un exemple choisi dans les réalités de la vie courante, et nous espérons par là leur apporter une démonstration en quelque sorte expérimentale. L'étude du contrat de mariage va précisément nous fournir le moyen d'apporter cette démonstration. On se trouve là en présence d'une éventualité particulière : le contrat de mariage est un exemple de contrat accessoire conclu avant le contrat principal, qui ici est le mariage. La conclusion du contrat principal joue le rôle « d'une condition d'existence indispensable non plus à un acte en général, mais à telle ou telle catégorie d'actes [1] ».

16. — Toutefois, avant de traiter cette question du point de départ des effets du contrat de mariage, il convient de ne pas oublier que l'expression « contrat de mariage » ne désigne pas toujours une convention unique, mais souvent un ensemble de conventions. On peut distinguer d'abord la convention matrimoniale proprement dite, intervenant entre les deux futurs conjoints seuls (ou assistés de leurs parents s'ils sont mineurs) et par laquelle ils fixent leur régime matrimonial; et ensuite les donations, tant celles qui sont consenties aux futurs par des tiers et qui sont faites « en faveur du mariage », que celles qu'ont pu se consentir les futurs entre eux.

(1) Demogue. Rev. trim., 1905, p. 728.

Et de ce que ces diverses conventions sont constatées dans un même écrit, il ne s'ensuit pas qu'elles cessent d'être distinctes les unes des autres. Le contrat de mariage est un exemple de « contrat complexe ». Ce n'est pas un contrat unique, c'est un groupement dans lequel on réunit deux ou plusieurs opérations qui pourraient se faire séparément [1] : c'est une combinaison de contrats [2].

Nous diviserons donc l'étude de notre sujet en deux parties :

1re Partie : *Régime matrimonial.*

2e Partie : *Donations.*

---

(1) Réserve faite, toutefois, pour la donation de biens à venir et la donation cumulative de biens présents et à venir qui ne peuvent avoir lieu que par contrat de mariage. (Cette réserve ne s'applique pas aux donations entre époux pendant le mariage.)

(2) V. Planiol. II, 1352 *bis in fine.*

1re PARTIE

Régime Matrimonial

17. — Pour déterminer le moment à partir duquel la convention matrimoniale, fixant le régime matrimonial, doit produire ses effets, nous envisagerons en deux chapitres d'abord le principe lui-même, et, ce principe une fois établi, nous en ferons les applications pratiques.

CHAPITRE PREMIER

LE PRINCIPE

Section I. — *LES TEXTES DU CODE*

18. — Avant de rechercher quelle peut être l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence, il convient d'examiner les textes où le législateur a fait connaître à partir de quel moment le régime matrimonial devait produire ses effets.

Il n'y a qu'un seul texte général : c'est l'art. 1399, qui concerne le régime de communauté légale ou conventionelle. D'après cet article, « la communauté commence du jour du mariage ». A dire vrai, cette disposition de la loi n'est pas, pour la solution de la question qui nous intéresse, très explicite. Le Code a beau ajouter : « On ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque », il semble bien qu'il ait voulu par là empêcher un report de la mise en vigueur du régime de communauté à une date postérieure à la

célébration du mariage, plutôt que la clause inverse faisant commencer le régime avant le mariage [1]. Il est vraisemblable que le Code n'a pas envisagé la possibilité d'une telle hypothèse. Pour lui, le régime matrimonial ne peut exister et fonctionner qu'après la célébration du mariage. C'est ce que laissent entendre de nombreux articles du titre du « Contrat de mariage », tant pour la communauté que pour le régime dotal.

Citons notamment, pour la communauté, l'art. 1402: « Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété *antérieurement au mariage*... » Article 1404, alinéa 1er : « Les immeubles que les époux possèdent *au jour de la célébration du mariage*... n'entrent point en communauté. » Article 1409 : « La communauté se compose passivement : 1° de toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés *au jour de la célébration de leur mariage* [2]. »

Le Code s'exprime d'une façon analogue pour le régime dotal. Art. 1549 : « Le mari seul a l'administration des biens dotaux *pendant le mariage*. » Article 1554 : « Les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués *pendant le mariage*. » Art. 1561 : « Les immeubles dotaux... sont imprescriptibles *pendant le mariage*. »

Enfin l'art. 2135 consacre la même idée en ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme mariée : « L'hypothèque existe... 2° Au profit des femmes, pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, *à compter du jour du mariage*. »

D'ailleurs, il est à noter que le Code emploie toujours les termes : « femme », « mari », « époux », expressions qui laissent bien entendre que la loi envisage des personnes unies par le mariage, ayant la qualité de mari et femme.

---

(1) Comp. Nast (Planiol et Ripert, VIII), 56.

(2) V. également les art. 1401, 1403, 1405, 1407, 1408, 1410, 1498, 1512.

Section II. — *LA JURISPRUDENCE*

19. — Comment les tribunaux, chargés d'interpréter et d'appliquer la loi, ont-il résolu cette question du point de départ des effets du contrat de mariage.

Si l'on en croit certains auteurs [1], la Cour de Cassation aurait sanctionné par ses arrêts, la théorie de la rétroactivité des effets du contrat de mariage au jour de sa signature, en faisant appel à la notion de condition : « Si nuptiae sequantur. »

Il est parfaitement exact que l'on trouve dans les « *attendus* » de la Cour Suprême la justification de cette affirmation.

Dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 janvier 1847 (Gauvillé c. Michel, S. 47, 1, 147) [2], on trouve les attendus suivants : « Attendu que le contrat de mariage, soumis en tout à la condition de célébration du mariage, produit effet du jour du contrat, lorsque la célébration a levé la condition, l'accomplissement de la condition ayant un effet rétroactif au jour où l'engagement a été contracté (art. 1179) [3] ».

Dans un second arrêt du 7 février 1872 (Collineau c. Vergnes, S. 72, 1, 73), la Chambre civile de la Cour de Cassation a motivé sa décision par les attendus suivants : « Attendu, en droit, que le contrat de mariage soumis sans doute à la célébration du mariage, produit effet du jour où il a été dressé lorsque la célébration a lieu : l'accomplissement de la condition ayant aux termes de l'art. 1179, un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté... [4]. »

---

(1) Guillouard. Op. cit., I. 329; Huc. Op. cit., IX, 60; Baudry-Lacantinerie. Op. cit., III, 32 *bis;* Lacointa, note au Sirey, 81, 1, 353; Annotateur du Dalloz, note, D. 79, 1, 441; Timbal. Op. cit., pp. 40 et suiv.

(2) D'après M. Bartin (sur Aubry et Rau, 5e éd., VII, p. 475, § 501, n. 8 *sexies in fine*), cet arrêt serait fondé « non pas sur l'art. 1179, mais sur l'art. 1396 ». La lecture du Sirey ne nous a pas confirmé cette opinion.

(3) Cet arrêt rejetait le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Nancy du 30 décembre 1844 où l'on trouve des attendus analogues.

(4) Cet arrêt a cassé un arrêt de la Cour de Bordeaux du 25 février 1868, qui était pareillement motivé.

Enfin, dans un arrêt du 18 décembre 1878 (Laville c. Barase, S. 81, 1, 353, D. 79, 1, 441), dont non seulement les motifs mais le dispositif lui-même ont été critiqués, la Chambre civile de la Cour de Cassation s'exprime ainsi : « Attendu que, si l'effet des conventions matrimoniales est subordonné à l'événement même de la célébration du mariage, lorsque cette célébration a lieu, l'accomplissement de la condition a, aux termes de l'art. 1179, un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté; attendu que cet effet rétroactif est applicable en matière de régime dotal... [1]. »

M. Timbal [2], se basant sur les attendus de ces arrêts, ainsi que sur ceux analogues d'autres décisions judiciaires [3], croit pouvoir affirmer que « la lecture de ces arrêts ne laisse aucun doute sur le système de la jurisprudence et indique en même temps l'argument principal sur lequel elle s'appuie pour faire dater les effets du contrat de mariage du jour même de ce contrat ».

20. — Nous ne suivrons pas ces auteurs, et en particulier M. Timbal, dans leur interprétation de la jurisprudence. Il y a, en effet, une règle que l'on doit se garder d'oublier lorsqu'on entreprend la critique d'une décision judiciaire : la portée d'un arrêt ou d'un jugement se limite à son dispositif et ne s'étend pas à ses motifs. C'est précisément l'erreur qu'ont commise les auteurs cités plus haut et M. Timbal. De ce que la Cour de Cassation, pour justifier ses décisions, n'a pas trouvé d'autre moyen juridique que de faire appel à la notion de condition et à sa conséquence : la rétroac-

(1) Cet arrêt a cassé un arrêt de la Cour de Toulouse du 18 mars 1876 qui s'exprimait, dans ses attendus, d'une façon opposée à celle de la Cour Suprême : « Attendu que jusqu'à la célébration du mariage, le futur n'avait pas les droits du mari sur les biens de la future qui en gardait la disposition et pouvait les aliéner à ses risques et périls; enfin qu'il n'y a eu de biens dotaux qu'à dater du mariage. »

(2) Thèse précitée, p. 43.

(3) Tribunal de Montpellier, 7 janvier 1870, D. 71, 3, 7; Toulouse, 8 mai 1883, *Gazette du Palais*, V. 1er semestre, p. 114; Nîmes, 26 mars 1889, *Le Droit*, 16-17 septembre 1889.

tivité, ils en ont inféré que la Cour Suprême, dans ses décisions mêmes, entendait faire remonter les effets du contrat de mariage à la date de sa signature.

Or, — sans vouloir entreprendre dès maintenant de justifier par l'analyse juridique les décisions incriminées, — nous ferons observer que deux de ces décisions (celle du 26 janvier 1847 et celle du 7 février 1872) s'occupent de donations consenties entre futurs époux par contrat de mariage et ne concernent pas le régime matrimonial lui-même. Quant à celle du 18 décembre 1878, on a justement fait remarquer [1] qu'elle ne signifiait pas que la Cour de Cassation voulût faire remonter les effets du régime dotal à la célébration du mariage, mais seulement que des biens acquis en échange d'immeubles déclarés dotaux par contrat de mariage, — et cela dans l'intervalle séparant le contrat de la célébration du mariage, — deviendraient dotaux à leur place et de la même façon, c'est-à-dire à la célébration du mariage.

D'ailleurs, la Cour de Cassation, par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 22 janvier 1878 (Gosselin c. Leroux, S. 78, 1, 306), décide que l'hypothèque légale de la femme ne prend rang qu'à dater de la célébration du mariage et non avant : « Attendu... que l'hypothèque accordée par la loi à la femme mariée ne l'est point à la future épouse, et qu'elle ne peut être acquise à la future épouse qu'au jour où, par la célébration du mariage, il y a, d'une part, un mari...; que, d'ailleurs, l'hypothèque de la femme contre le mari ayant pour fondement l'administration par celui-ci des biens de celle-là, et cette administration ne commençant qu'au jour du mariage, l'hypothèque ne saurait remonter à une date antérieure à la cause dont elle est l'effet... »

Voilà des attendus qui ne s'accordent guère avec l'interprétation de M. Timbal.

Nous pouvons donc, dès maintenant, sans plus insister, — nous réservant de revenir en temps utile

(1) Bartin sur Aubry et Rau, 5e éd., VII, p. 473, § 501, n. 8 quater; Planiol, III, 833.

sur ces arrêts, — conclure que la Jurisprudence ne fait pas remonter les effets du régime matrimonial à la date du contrat et ne consacre pas l'application de la condition et de la rétroactivité de l'art. 1179 à cette matière.

Section III. — *LA DOCTRINE*

21. — Sur cette question du point de départ des effets du contrat de mariage, la doctrine se contente de poser un principe très simple, qu'elle est d'ailleurs unanime à défendre, à savoir que le contrat de mariage, n'étant que l'accessoire du mariage, ne saurait entrer en vigueur tant que le mariage n'est pas célébré. Le régime matrimonial, étant fait pour régler les intérêts pécuniaires de deux époux, unis par le mariage et menant une vie commune, ne peut fonctionner tant que cette vie commune, tant que cet état d'époux n'existent pas. Aussi la doctrine repousse-t-elle avec insistance l'assimilation du contrat de mariage à un contrat conditionnel, conclu sous la condition « si nuptiae sequantur », dont les effets, en vertu de l'art. 1179, devraient rétroagir au jour de sa signature.

Nous ne reproduirons pas ici les opinions de tous les auteurs sur cette question [1]. Il nous suffira de citer, comme les résumant toutes, celle de MM. Aubry et Rau et Bartin. « Il est des conventions ou dispositions, disent MM. Aubry et Rau, qui, d'après leur nature ou leur objet, supposent nécessairement l'existence ou la réalisation ultérieure de certains faits. Ces faits ne

(1) V. Guillouard. *Traité du Contrat de mariage*. I, 330; Huc. *Commentaire théorique et pratique du Code civil*. IX, 60; Baudry-Lacantinerie. *Précis de droit civil*. III, 32 *bis*; Cornil. *Du Contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, p. 17; Planiol. III, 832; Colin et Capitant. III, livre I^er^, 1^re^ partie, chap. I^er^, section III; Dalloz. *Suppl. au Répertoire*, v° *Contrat de mariage*, 147; Fuzier-Hermann. *Répertoire général*, v° *Contrat de mariage*, 619 et 621; Lacointa, note au S., 81, 1, 353, sous Civ., 18 décembre 1878, Laville c. Barase; Note sous D. 79, 1, 441, même arrêt; Timbal. *Point de départ des effets du régime matrimonial*, thèse Toulouse, 1901, pp. 30, 31, 71, 80,

constituent pas de véritables conditions, alors même qu'ils ont été expressément indiqués comme tels. Il en est ainsi... de la clause par laquelle les parties, figurant dans un contrat de mariage, en auraient fait dépendre l'effet de la célébration du mariage projeté [1] ». « Si le mariage en vue duquel les conventions matrimoniales ont été consenties se réalise valablement, dit M. Bartin, c'est au jour de la célébration du mariage seulement que remonte nécessairement en principe l'effet de ces conventions... [2] ».

Section IV. — *DIVISION DES EFFETS DU CONTRAT DE MARIAGE*

22. — Que faut-il penser de la théorie que nous venons de rapporter? Suffit-il, pour répondre à cette question : « A partir de quel moment le contrat de mariage produit-il ses effets? » de dire, comme le fait la doctrine, que les effets de la convention matrimoniale — (nous ne nous occupons en ce moment que du régime matrimonial) — ne commencent qu'à la célébration du mariage, en rejetant la notion de condition et sa rétroactivité?

Nous ne le pensons pas.

23. — Certes, nous ne contestons pas que le régime matrimonial n'existe et ne fonctionne qu'à partir de la célébration du mariage. Il est bien évident qu'on ne peut pas concevoir un régime, quel qu'il soit, mis en vigueur quand les deux parties intéressées ne sont pas encore mariées, et que la vie commune n'existe pas. Si l'on envisage, par exemple, le régime de séparation de biens, le mari ne peut être astreint à faire face aux

(1) *Cours de droit civil français*, 5e éd., IV, p. 94, § 302, 1°. — V. également le tome VII, 5e éd., p. 475, § 501, n. 9.

(2) Sur Aubry et Rau. 5e éd., VII, p. 472, § 501. V. également note 8 *bis* du même §.

dépenses du ménage quand ces dépenses n'existent pas. Cette obligation, qui lui incombe de par la loi, ne prendra naissance qu'au moment de la célébration du mariage. De même la femme, qui doit aider son mari par une contribution prélevée sur ses revenus, n'a pas à le faire tant que la vie commune et les charges communes n'existent pas. Jusqu'au mariage, son obligation est sans cause.

Seulement là n'est pas toute la question. Il y a un fait, qui est incontestable, c'est que, dès sa conclusion, le contrat de mariage lie les contractants. On n'admettrait pas qu'après la signature du contrat, où figure la convention matrimoniale déterminant le régime adopté par les deux futurs conjoints, l'un de ceux-ci vienne déclarer qu'il abandonne ce régime pour en prendre un autre. On le considère comme engagé [1] : autrement, il serait inutile de rédiger un contrat de mariage et de le signer. On n'admet la possibilité d'un changement à la convention matrimoniale que du consentement mutuel de ceux qui l'ont faite, c'est-à-dire des deux futurs conjoints (et de ceux qui les ont assistés s'ils étaient incapables) [2].

Et c'est là précisément que réside toute la question du point de départ des effets du contrat de mariage.

---

(1) Et c'est pourquoi nous ne saurions souscrire à cette déclaration de M. Timbal, d'après lequel (op. cit., p. 66) « dans notre droit, le contrat de mariage peut être exactement comparé au testament ». La caractéristique du testament est précisément d'être révocable pendant la vie du testateur, étant simplement l'expression d'une volonté unilatérale.

(1) Quant aux autres personnes intervenues dans le contrat de mariage, comme les donateurs, leur consentement n'est pas indispensable à la validité du changement. La disposition du 2e alinéa de l'art. 1396 n'a pas pour but de sanctionner l'article 1395; elle a simplement la valeur d'une présomption légale, d'après laquelle toutes les conventions contenues dans le contrat de mariage se conditionnent mutuellement. C'est-à-dire que si les futurs époux modifient leur régime matrimonial sans le consentement d'un donateur, la donation consentie par celui-ci est révoquée. — Dans ce sens : Baudry-Lacantinerie. *Précis*, III, 22; Guillouard. I, 265 et 273; Huc. IX, 42; Baudry-Lacantinerie. Le Courtois et Surville. I, 135; Nast (Planiol et Ripert. VIII), 63.

Il faut concilier ces deux faits, d'une part que le contrat produit un effet obligatoire dès sa conclusion et d'autre part que les obligations proprement matrimoniales n'existent qu'à partir de la célébration du mariage.

24. — La doctrine sur ce point ne nous apporte aucun éclaircissement. Elle ne résoud pas la difficulté, elle ne la pose même pas. « Au fond, dit M. Nast, ni la doctrine ni la jurisprudence ne semblent reposer sur un principe satisfaisant. S'il n'est pas exact de dire que le contrat de mariage est subordonné à la condition de la célébration du mariage avec effet rétroactif..., il ne paraît pas absolument vrai de prétendre d'une manière absolue que le contrat de mariage n'est qu'un projet et qu'il ne produit effet qu'à dater du mariage... Avant la célébration du mariage, le contrat de mariage produit au moins un effet obligatoire entre les parties. Enfin et surtout il établit dès le moment de sa conclusion et d'une manière irrévocable... le statut des biens des futurs époux : ceux-ci sont obligés de le respecter, et ils ne pourraient pas, sans manquer à la bonne foi et à la légitime attente de leur cocontractant, le modifier indirectement [1]. » Par ailleurs, comme le fait remarquer M. Demogue [2], la solution de la doctrine, en matière de contrat de mariage est en contradiction avec celle adoptée par la doctrine elle-même au sujet de l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit. Si la doctrine appliquait à ce contrat accessoire à un contrat principal les propositions qu'elle n'hésite pas à appliquer au contrat accessoire de mariage, elle devrait décider que l'hypothèque garantissant la dette future du crédité ne prend rang qu'à la date de l'emprunt. Or la doctrine suivie par la jurisprudence repousse cette solution et soutient au contraire que cette hypothèque prend rang du jour de son inscrip-

(1) Nast. Op. cit., 103.
(2) Rev. trim., 1906, art. cité, p. 274 et suiv.

tion consécutive au contrat. Et il est nécessaire qu'il en soit ainsi sous peine de faire courir au créditeur le risque de voir ses sûretés diminuées du fait du crédité dans l'intervalle de l'ouverture du crédit à l'emprunt. Dès lors pourquoi ne pas admettre que le contrat de mariage, dès sa conclusion et sans attendre le mariage, produira lui aussi non seulement un effet obligatoire mais encore un effet de sûreté en quelque sorte, garantissant mutuellement chaque époux contre les fraudes ou les maladresses de son conjoint? Cela aboutirait à considérer le contrat de mariage comme déjà existant dès sa conclusion et doué d'une force juridique appréciable.

25. — En réalité, ce qu'il faut élucider c'est la nature exacte de la dépendance dans laquelle se trouve placé le contrat pécuniaire de mariage, contrat accessoire, envers le contrat de mariage proprement dit, contrat principal.

Une première opinion consisterait à tenir le contrat de mariage pour déjà formé dès sa conclusion et attendant seulement la célébration du mariage pour pouvoir être exécuté. M. Demogue a développé cette façon de voir dans son article sur « la Nature et les effets du droit éventuel », paru dans la Revue trimestrielle de 1906. Cet auteur tend à assimiler le contrat accessoire à un contrat principal en général, et le contrat de mariage en particulier, à un contrat *à terme* [1]. « Ce qui domine en fait, dit-il, c'est moins l'incertitude de la venue d'un événement que l'incertitude sur le temps où il devra venir... *L'éventualité apparaît moins comme un événement qui suspend l'existence même de l'obligation que comme un événement qui suspend son exécution* [2]. » Plus loin, M. Demogue, cherchant à se rendre « un compte exact du lien qui unit le contrat

(1) La même idée est formulée dans une note du Dalloz, sous Cass., 18 décembre 1878, D. 79, 1, 441, et est acceptée par M. Planiol, III, 832.

(2) Art. cité, p. 236.

accessoire et le contrat principal », précise : « Le contrat accessoire ne nous paraît pas en réalité dépendre dans son existence du contrat principal. Il nous paraît seulement en dépendre en ceci qu'il ne peut être exécuté... qu'autant que le contrat principal existe. *Le contrat accessoire a une vie indépendante...*[1] » L'auteur résume son opinion en ces termes : « Autrement dit, l'idée de condition ou d'éventualité implique l'idée d'*un retard dans l'exécution*, l'idée d'*un terme*[2]. » Et M. Demogue, appliquant ces idées au contrat de mariage, décide que les effets de celui-ci doivent se diviser : les conséquences purement juridiques, — c'est-à-dire concernant l'affectation des biens des époux aux besoins du ménage, — devant se produire immédiatement, et les effets purement matrimoniaux, — c'est-à-dire droits d'administration et de jouissance du mari et mise de celui-ci en possession des biens de la femme, — n'ayant de raison d'être qu'après le mariage, quand la vie commune existe[3].

26. — Nous sommes partisans, nous aussi, d'une division des effets du contrat de mariage, mais nous n'adoptons pas la façon de voir de M. Demogue sur la nature du rôle que joue le mariage dans ce contrat. Il ne nous paraît pas possible de considérer le contrat pécuniaire de mariage comme un contrat à terme : le terme est un événement certain et la célébration du mariage est incertaine, et, par ailleurs, la dépendance dans laquelle ce contrat accessoire se trouve vis-à-vis du contrat principal : le mariage, nous paraît plus étroite que celle qu'indique M. Demogue, en ce sens que, pour nous, le contrat de mariage se trouve réellement dépendre dans son existence même, et non pas seulement quant à son exécution, du mariage. Com-

(1) Même art., p. 276.
(2) Art. cité, p. 278.
(3) Art. cité, p. 277 et 278.

ment prétendre que le contrat de mariage peut avoir une « vie indépendante », alors qu'il devient caduc si le mariage ne se conclut pas, si un décès ou un refus de l'une des parties met obstacle à la célébration, ou même si le mariage, ayant été célébré, vient à être annulé?

Si vraiment les obligations qui incombent aux époux sont à terme, c'est-à-dire formées dès le jour du contrat, leur exécution étant seulement suspendue jusqu'au mariage, on devrait admettre, conformément à l'art. 1186, que l'exécution volontaire de son obligation par le débiteur avant l'arrivée du terme, ne donne pas lieu à répétition. Or, manifestement, la future épouse séparée de biens, qui aurait versé une part de ses revenus à son fiancé avant le mariage, serait admise à les répéter, comme ayant été payés sans cause. Nous l'avons déjà dit [1], les obligations matrimoniales tant du mari que de la femme ne prennent naissance qu'à la célébration du mariage.

27. — Pour nous, il nous paraît préférable de faire appel ici à la notion de l'avant-contrat, telle que nous l'avons exposée plus haut [2]. Le contrat de mariage est un contrat éventuel et, comme tel, doit être considéré comme une opération se décomposant en deux temps : d'abord un avant-contrat synallagmatique par lequel les parties s'engagent à donner leur consentement au contrat définitif lequel se formera tacitement et automatiquement à l'arrivée de l'événement futur et incertain qui, ici, est le mariage.

Le jour où les futurs époux ont conclu leur contrat de mariage devant le notaire, ils ont déterminé et précisé l'objet des obligations qui leur incomberont le jour du mariage comme conséquence du contrat définitif. Le contrat passé devant notaire n'est qu'un échange de promesses qui se transformeront au

(1) V. Supra, n° 23.
(2) V. Supra, n°s 9, 10 et 11.

moment du mariage en engagements fermes et définitifs. C'est ce qu'indique d'ailleurs l'emploi du « futur » dont on se sert dans la rédaction du contrat.

Les époux, d'autre part, n'échangent pas que des promesses. Du fait même de ces promesses, ils s'engagent, comme dans tout avant-contrat, à ne rien faire qui vienne empêcher leur réalisation ou en altérer le contenu. Et nous aurons l'occasion, en faisant le commentaire de certains textes et la critique de certaines décisions jurisprudentielles, de revenir sur ce point.

Cette analyse du contrat de mariage par l'avant-contrat présente, à notre avis, cet avantage de bien expliquer l'effet obligatoire du contrat dès sa conclusion et en même temps ce fait que les obligations matrimoniales du mari et de la femme ne prennent naissance qu'au moment du mariage.

Elle est préférable aussi, croyons-nous, au système qui consisterait à voir dans le contrat de mariage un contrat imparfait auquel manquerait la cause, le mariage étant la cause du contrat. La cause est, parmi les éléments de formation d'un contrat, celui qui, dans l'ordre chronologique, doit exister le premier, qui détermine les autres et notamment le consentement.

« La cause, dit M. Demogue, ne peut pas n'être née qu'après le consentement donné ou après que les autres conditions du contrat sont réunies. Ce serait supposer une volonté qui ne trouverait ses motifs d'agir qu'après la décision prise et exprimée [1] ».

28. — Il nous reste, pour terminer cette analyse du contrat de mariage, à rappeler deux observations que nous avons déjà formulées au sujet du contrat conditionnel ou éventuel, en général [2].

C'est d'abord qu'il est inutile de constater par écrit le contrat de mariage définitif. Celui-ci, qui se forme tacitement et automatiquement au moment de la célé-

(1) Rev. trim., 1905; art. cité, p. 789.
(2) V. Supra, n° 13.

bration, n'est en somme que l'exécution de l'avant-contrat. Un écrit n'est nécessaire que pour ce dernier, qui fixe et détermine l'objet des obligations matrimoniales, afin qu'en cas de contestation on eût une preuve matérielle permettant d'admettre ou de contester le bien-fondé des prétentions du demandeur (époux ou tiers). La rédaction d'un acte écrit était même ici indispensable à cause du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales inscrit dans l'art. 1395: aussi la loi exige-t-elle la rédaction d'un acte notarié (art. 1394).

29. — C'est également l'application à la convention matrimoniale de la théorie de l'avant-contrat qui permet d'expliquer que ce soit au jour de la passation du contrat de mariage qu'il faille se placer pour examiner les conditions de validité de la convention matrimoniale et non pas au jour de la célébration du mariage [1]. Sans doute, le contrat définitif ne se forme qu'au jour du mariage, et il est bien vrai que ce n'est que ce jour-là que les obligations matrimoniales prennent naissance. Mais le fait de donner son consentement (tacite) ne constitue pour chaque contractant que l'exécution de la promesse qu'il a faite dans l'avant-contrat et, au jour de la célébration, il ne lui est pas permis de s'y soustraire. C'est dès le jour de l'avant-contrat que le conjoint s'est trouvé engagé par sa promesse. Par conséquent c'est ce jour-là qu'il faudra se placer pour voir si les promettants ont donné un consentement valable, non entaché d'erreur, de dol, de violence ou d'incapacité. Notamment, c'est le jour de la signature du contrat qu'il faudra que soient remplies les conditions exigées par la loi (art. 1398) pour la validité du contrat de mariage d'un mineur. Si, ce jour-là, le mineur n'a pas été assisté des personnes nécessaires, son contrat de mariage ne sera pas valable, même si,

(1) Dans ce sens : V. Bartin sur Aubry et Rau, 5e éd., VII, p. 474, § 501, n. 8, quinquiès.

par la suite et avant la célébration du mariage, il acquiert par sa majorité une capacité pleine et entière. Inversement, si un futur époux, pleinement capable le jour de la signature de son contrat de mariage venait à être interdit ou pourvu d'un conseil judiciaire avant le mariage, son contrat de mariage n'en serait pas moins valable, quelles qu'en soient les clauses, quel que soit le régime adopté, fût-ce la communauté universelle [1].

---

(1) La théorie de l'avant-contrat pouvait être invoquée utilement, avant la loi du 10 août 1927 sur la nationalité, pour justifier les règles que devaient observer les tribunaux français en ce qui concerne la question de la validité et des effets du contrat de mariage passé en France ou à l'étranger par des Français ou des étrangers. (V. Bartin sur Aubry et Rau, 5e éd., VII, p. 547 et suiv., § 504 *ter*.)

Etant donné que c'est au jour du contrat de mariage qu'il faut se placer pour examiner les conditions de validité de la convention matrimoniale et notamment la capacité des époux, c'était la loi nationale particulière de chaque futur époux qui devait être prise en considération.

Au contraire, les obligations matrimoniales ne prenant naissance qu'au mariage, en ce qui concerne l'objet de ces obligations c'était la loi commune aux époux, à partir de leur mariage, c'est-à-dire la loi nationale du mari, dont les prescriptions devaient être observées : règle susceptible d'avoir des conséquences importantes en ce qui concerne la liberté et l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Il n'était donc pas « singulier » « qu'une Française mineure, qui ne pouvait faire son contrat de mariage que dans les conditions fixées par l'art. 1398, pût, si elle épousait un étranger dont la loi nationale n'admettait pas l'immutabilité des conventions matrimoniales, se soustraire par l'effet du mariage à une règle de sa loi nationale, celle de l'immutabilité, que sa loi considérait sans aucun doute comme aussi impérative que les règles protectrices des intérêts pécuniaires des mineurs ».

Aujourd'hui, ce « défaut d'harmonie » que M. Bartin signalait n'existe plus : les époux, depuis la loi du 10 août 1927, gardent leur nationalité et restent par conséquent soumis à leur loi nationale particulière, tant pour les conditions de validité de leur contrat de mariage que pour les règles concernant le régime matrimonial lui-même, notamment l'immutabilité des conventions matrimoniales.

CHAPITRE II

LES APPLICATIONS

30. — Nous allons maintenant tirer du principe que nous avons établi et mis à la base de notre thèse : l'avant-contrat, les conséquences pratiques qui en découlent.

Pour nous, comme d'ailleurs pour M. Demogue et M. Nast, les effets du contrat de mariage doivent se diviser. Le contrat de mariage, en tant qu'avant-contrat, produit dès sa signature un effet obligatoire, en ce sens que les futurs époux, non seulement ne peuvent plus le modifier ouvertement que de leur consentement mutuel, mais surtout — et c'est là la conséquence pratique la plus importante — ne doivent pas indirectement, d'une manière détournée, altérer l'importance des engagements qu'ils y ont pris. Le contrat de mariage détermine le statut des biens des futurs époux, fixe les apports de chacun, c'est-à-dire les biens qui seront affectés aux dépenses du ménage : les fiancés ne doivent pas dans l'intervalle du contrat au mariage, par des aliénations, des constitutions de droits réels ou en contractant des dettes nouvelles, diminuer les revenus sur lesquels chacun était en droit de compter aussi bien pour faire face aux charges du ménage que pour réaliser des économies et constituer éventuellement un fonds commun [1]. C'est cet effet

(1) Comp. la coutume de Sedan (art. 120) : « Depuis que deux personnes sont fiancées, elles ne pourront aliéner leurs héritages et biens immeubles sans le consentement et au préjudice l'une de l'autre. »

« avant-contractuel » du contrat de mariage que nous aurons l'occasion de préciser en étudiant la condition des biens et les dettes des époux, en ayant soin toutefois de ne pas oublier que cet effet obligatoire avant-contractuel ne saurait exister que dans les rapports des époux entre eux, et ne concerne pas les tiers vis-à-vis desquels le contrat de mariage ne peut avoir d'effets qu'à partir du jour où il est porté à leur connaissance, c'est-à-dire à partir de la célébration du mariage. Quant à l'effet « contractuel » du contrat de mariage, il consiste dans l'effet proprement matrimonial du contrat, c'est-à-dire dans la mise en vigueur du régime, se caractérisant par les droits et pouvoirs du mari sur les biens de la femme, et ayant comme point de départ le mariage lui-même.

Enfin nous examinerons brièvement la question du point de départ des effets de l'hypothèque légale de la femme mariée, qui, pour n'être pas une conséquence du contrat de mariage, ne s'en rattache pas moins étroitement à cette question.

Ce chapitre sera divisé en quatre Sections :

Section I : *La condition des biens.*
Section II : *Les dettes des époux.*
Section III : *Les droits et pouvoirs du mari.*
Section IV : *L'hypothèque légale de la femme.*

Section I. — *LA CONDITION DES BIENS*

31. — Le mariage est susceptible d'apporter dans la composition du patrimoine des époux et dans l'étendue des droits qu'ils ont sur leurs biens des modifications profondes, d'importance variable suivant le régime matrimonial adopté.

Nous ne nous occuperons pas dans ce chapitre, de la séparation de biens ni de l'exclusion de communauté, puisque, dans l'un et l'autre de ces régimes, les biens que les époux acquièrent leur restent propres [1],

(1) Il ne s'agit ici, bien entendu, que du capital : pour les fruits, la situation est différente. V. infra, section III.

que l'acquisition soit antérieure ou postérieure à la célébration du mariage.

Nous envisagerons seulement en trois paragraphes :

§ 1 : *La Communauté légale.*

§ 2 : *La Communauté conventionnelle.*

§ 3 : *Le Régime dotal.*

§ 1. — COMMUNAUTÉ LÉGALE

32. — L'hypothèse que nous envisageons ici est celle d'un contrat de mariage stipulant que les parties entendent adopter le régime de la communauté tel qu'il est établi par le Code civil. Le cas est peu fréquent en pratique, mais il doit néanmoins être étudié, en raison de l'intérêt théorique qu'il présente.

33. — Sous le régime de la communauté légale, l'affectation des biens est réglée de la façon suivante : les meubles, acquis avant ou pendant le mariage, à titre gratuit ou onéreux, tombent en communauté (article 1401); les immeubles, acquis avant le mariage, à titre gratuit ou onéreux, restent propres (art. 1402 et 1404, alinéa 1er). Quant aux immeubles acquis pendant le mariage : s'ils le sont à titre gratuit, ils restent propres (art. 1402 et 1405); s'ils le sont à titre onéreux, ils tombent en communauté (art. 1401, 3°).

Ces textes ne prêtent à aucune controverse. Il n'en est pas de même du deuxième alinéa de l'art. 1404 qui a provoqué de nombreux commentaires et qui est ainsi libellé : « Néanmoins si l'un des époux avait acquis un immeuble depuis le contrat de mariage contenant stipulation de communauté, et avant la célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet intervalle entrera dans la communauté, à moins que l'acquisition n'ait été faite en exécution de quelque clause du mariage (du contrat de mariage) auquel cas elle serait réglée suivant la convention ».

34. — Observons tout d'abord, avant d'en faire l'étude et d'en donner l'explication, que cet article 1404

ne saurait être invoqué comme une exception au principe, admis par le législateur, que les effets du régime matrimonial ne remontent qu'à la célébration du mariage [1]. La disposition du deuxième alinéa de l'art. 1404 ne signifie pas du tout que, dans l'hypothèse envisagée, la communauté sera censée exister, relativement à l'immeuble dont s'agit, avant la célébration du mariage. Le texte indique, au contraire, par l'emploi du futur : « — l'immeuble *entrera* dans la communauté — » que cet immeuble ne sera commun qu'à partir du moment où la communauté existera, c'est-à-dire à partir de la célébration du mariage. L'art. 1404 n'a d'autre but que de fixer, dans une hypothèse particulière, la composition de l'actif commun.

35. — C'est dans les « Arrêtés » du Président Lamoignon que l'on doit rechercher l'origine de l'art. 1404. C'est là, en effet, qu'on trouve pour la première fois un texte analogue au texte actuel : « Les acquisitions faites par l'un des conjoints, depuis le contrat de mariage, avant les épousailles, entreront en communauté, si ce n'est que les acquisitions aient été faites en exécution des clauses du contrat de mariage, auquel cas elles seront réglées suivant le contrat [2]. »

Un arrêt du 15 octobre 1677, rapporté par Lebrun [3], jugea qu'une maison acquise entre le contrat et la célébration, par le mari, dont tous les meubles devaient d'après le contrat tomber en communauté, serait partagée comme conquêt.

Lebrun [4] dit sur ce sujet : « ... Il semble injuste qu'après qu'il (le mari) a promis d'apporter ses meubles en communauté, il convertisse son argent ou ses autres meubles en acquisition d'immeubles qui soient des propres de communauté. » Lebrun, commentant

(1) Comp. Bartin sur Aubry et Rau, 5e éd., VIII, p. 544, § 538, n. 3, *in fine*.
(2) Titre XXXII, art. 12.
(3) *Traité de la communauté entre mari et femme*. Livre I, chap. IV, n° 8.
(4) Op. et loc. cit.

alors l'arrêt de 1677, ajoute : « Cela fut jugé volontiers par forme de dédommagement, car, encore une fois, la communauté n'a lieu que du jour de la célébration, les parties n'ayant pas dessein d'être en communauté avant que d'être en mariage [1]. »

Pothier, dans son « Traité de la Communauté » [2], s'exprime ainsi : « Il ne doit pas néanmoins être permis à l'un des conjoints de changer de nature, en fraude de l'autre conjoint, les biens qu'il avait lors du contrat de mariage, qui étaient de nature à entrer dans cette communauté, en aliénant les biens meubles et en acquérant des immeubles à la place : *car, les parties, lors du contrat de mariage, en ne s'expliquant pas sur les choses qui composeraient leur communauté, sont censées être tacitement convenues qu'elle sera composée des choses que chacune d'elles avait alors, qui étaient de nature à y entrer.* » Aussi, décide-t-il que l'immeuble acquis entre le contrat et le mariage tombera en communauté.

36. — Les auteurs modernes, suivant Lebrun et Pothier, présentent eux aussi la disposition de l'article 1404 comme une mesure prise par la loi pour déjouer la mauvaise foi de l'un des époux, et, par conséquent, exceptionnelle.

Pour MM. Aubry et Rau, notamment, l'art. 1404 « dérogatoire au droit commun, a pour objet de prévenir les surprises que l'un des époux pourrait commettre au préjudice de l'autre, en convertissant en immeubles exclus de la communauté des valeurs mobilières qui devaient y entrer d'après les conventions matrimoniales antérieurement arrêtées entre les parties [3]. »

---

(1) Lebrun semble croire ici que l'arrêt de 1677 tend à faire remonter le point de départ de la communauté au delà de la célébration du mariage. C'est inexact : il concerne seulement la composition de la communauté. Comp. Supra, n° 34.

(2) IV, n° 281.

(3) 5e éd., VIII, § 507, n. 45. — V. également dans le même sens : Baudry-Lacantinerie. Précis, III, 50; Planiol, III, 927; Nast (Planiol et Ripert, VIII), 103; Timbal. Op. cit., p. 95.

37. — Pour nous, l'art. 1404, alinéa 2, ne doit pas être considéré comme un texte exceptionnel. Bien qu'il n'envisage qu'un cas particulier et qu'il ait effectivement pour but de prévenir une fraude possible entre époux, nous pensons qu'on doit élargir sa portée et le tenir pour l'expression d'un principe général admis par le législateur lui-même, à savoir que les époux ne doivent pas, par des actes accomplis dans l'intervalle entre le contrat et le mariage, altérer les engagements qu'ils ont pris dans le contrat. L'art. 1404 constitue précisément la sanction de cet effet « avant-contractuel » du contrat de mariage que nous avons signalé plus haut [1], et, à ce titre, il nous permet de constater que l'analyse que nous avons tentée du contrat de mariage par la théorie de l'avant-contrat s'adapte d'une façon satisfaisante aux besoins de la pratique.

C'est dans l'avant-contrat de mariage, avons-nous dit [2], que se trouvent fixées, déterminées quant à leur objet et à leur importance les obligations qui prendront naissance à la charge des époux le jour du mariage, et les époux se sont engagés à ne rien faire qui vînt empêcher la réalisation ou modifier l'étendue de ces obligations. Or, sous le régime de communauté, il naît, le jour du mariage, pour chaque époux, l'obligation de faire tomber tous les meubles qu'il possède dans la communauté. Si donc l'un des époux a converti en immeubles destinés à rester propres certaines valeurs mobilières qui devaient tomber en communauté, il a modifié l'objet d'une obligation matrimoniale et par là il a manqué à l'engagement qu'il avait pris dans l'avant-contrat. Le Code, en faisant tomber l'immeuble dont s'agit en communauté, intervient pour faire respecter cet engagement.

---

(1) V. Supra, n° 30.
(2) V. Supra, n° 27.

38. — Nous allons maintenant envisager quelques applications pratiques du principe général qui nous paraît être à la base de l'art. 1404.

Si, dans l'intervalle du contrat au mariage un immeuble a été acquis en échange d'un immeuble propre, cet immeuble doit, nous semble-t-il, rester propre à l'époux échangiste [1].

Si l'échange a eu lieu sans soulte, pas de difficulté.

Mais s'il y a eu une soulte, il convient de rechercher quelle en sera l'affectation.

Si la soulte est au profit du tiers, le futur époux échangiste devra récompense d'autant à la communauté, car il paiera la soulte sur des valeurs mobilières qui devaient tomber en communauté. Autrement, il serait facile de tourner la prohibition de l'art. 1404.

Inversement, si la soulte est au profit du futur époux échangiste, elle doit lui rester propre, c'est-à-dire qu'elle tombera en communauté à charge de récompense à la dissolution. Ce futur époux a promis de faire tomber en communauté sa fortune mobilière, il n'a pas promis d'y apporter une partie de sa fortune immobilière.

39. — En vertu du même principe, nous étendrons la solution de l'art. 1404 à l'hypothèse inverse de celle prévue au texte. Si, dans l'intervalle considéré, un époux vient à aliéner un immeuble propre, le prix ou la créance du prix doit, par l'effet d'une fiction de subrogation réelle, prendre la place de l'immeuble, c'est-à-dire rester propre [2]. S'il en était autrement, l'obligation qui incombe à l'époux vendeur de faire tomber en communauté une certaine partie de sa fortune — évaluée d'après l'avant-contrat — serait modifiée, cet époux apportant en communauté une somme supérieure. L'exécution de l'avant-contrat serait faussée.

---

(1) Dans ce sens : Baudry-Lacantinerie. III, 51; Planiol. III, 927; Aubry et Rau. 5e éd., VIII, § 507.

Dans ce sens : Demogue. *Rev. trim.*, 1906, art. cité, p. 277.

M. Baudry-Lacantinerie [1] admettrait cette solution « si les époux avaient détaillé dans leur contrat de mariage les biens mobiliers qui leur appartenaient lors du contrat et qu'ils entendaient mettre en communauté. Mais... ils ont déclaré se marier sous le régime de la communauté, sans dire quels biens la communauté comprendrait; ils ont donc entendu se référer sur ce point aux dispositions de la loi. Or la loi a égard, pour déterminer la composition de la communauté, à l'état de la fortune des époux lors de la célébration du mariage et non lors du contrat. »

Nous ne sommes pas sûrs du tout que, lorsque les futurs conjoints ont fait un contrat de mariage contenant adoption pure et simple de la communauté légale, il faille se placer, — comme dans le cas où il n'a pas été fait de contrat, — au moment de la célébration du mariage pour examiner la fortune des époux et déterminer la composition de la communauté. Nous pensons, au contraire, que le fait de la part des conjoints d'avoir pris le soin de faire un contrat de mariage, alors qu'il leur était loisible de se marier sans contrat, doit faire présumer qu'ils ont entendu se placer au jour du contrat de mariage pour déterminer, — ne fût-ce que tacitement, — la composition et l'étendue de l'actif commun [2].

40. — Nous ferons remarquer, en faveur de notre opinion, qu'il y a quelque contradiction de la part de

---

(1) III, 51, *in fine*.

(2) C'est aussi l'avis de Pothier (Communauté, IV, 281) : « Car les parties, lors du contrat de mariage, en ne s'expliquant pas sur les choses qui composeraient leur communauté, sont censées être tacitement convenues qu'elle sera composée des choses que chacune d'elles avait alors, qui étaient de nature à y entrer. » Et le fait que Pothier, en déclarant propre le prix du propre aliéné, visait surtout à empêcher des donations entre époux, alors prohibées, n'enlève rien à la force de son argument.

La solution que nous défendons est combattue notamment par MM. Baudry-Lacantinerie. III, 51; Planiol. III, 928 et Timbal, op. cit., p. 100. Elle semble l'être également par M. Bartin (sur Aubry et Rau, 5e éd., VIII, § 507, n. 45).

ceux qui admettent qu'un immeuble acquis en échange d'un propre, dans l'intervalle considéré, reste propre, à déclarer commun le prix du propre aliéné entre le contrat et le mariage.

Lorsqu'un immeuble propre sera échangé directement contre un autre, celui-ci restera propre. Mais lorsque l'immeuble propre sera cédé à prix d'argent et qu'avec ce prix le futur époux échangiste acquerra un autre immeuble, celui-là sera commun, ayant été acquis avec de l'argent commun. L'opinion que nous combattons n'aboutit-elle pas là à une inconséquence?

41. — MM. Aubry et Rau [1] défendent la même opinion que nous, mais ils se basent sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Pour M. Bartin, également, « ce prix ne pourrait être considéré comme propre à cet époux... que si l'on voyait dans la disposition de l'art. 1404 une application pure et simple, étrangère à toute prévision de fraude, de la disposition de droit commun de l'art. 1395 [2] ». Plus loin, ce même auteur ajoute : « Ce principe (que les effets du contrat de mariage ne remontent qu'à la célébration du mariage) est parfaitement exact, mais la question est justement de savoir si la loi, dans les art. 1404, alinéa 2 et 1558, alinéa 4, n'y a pas apporté deux dérogations fondées l'une et l'autre sur la prévision d'une fraude possible, se rattachant l'une et l'autre dans cette mesure à la disposition générale de l'art. 1396... [3]. »

Nous avons montré [4] que l'art. 1404 n'apportait aucune dérogation au principe que le régime matrimonial ne produit effet qu'à partir de la célébration du mariage.

Nous prétendons également que l'art. 1395 est étranger à la question. Que dit, en effet, cet article?

---

(1) VIII, § 507, n. 7.
(2) Sur Aubry et Rau, 5e éd., VIII, § 507, n. 45.
(3) Sur Aubry et Rau, 5e éd., VIII, § 538, n. 3.
(4) V. Supra, n° 34.

Que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. C'est-à-dire que l'art. 1395 apporte une dérogation, fondée sur des motifs d'ordre public, au principe de l'art. 1134 que les conventions peuvent être révoquées ou modifiées du consentement mutuel de ceux qui les ont faites. Mais l'art. 1395 ne joue qu'à partir de la célébration du mariage : jusque-là il n'a aucune raison de s'appliquer et c'est pourquoi on peut modifier le contrat.

D'autre part, il importe de ne pas oublier, lorsqu'on parle d'immutabilité des conventions matrimoniales, que l'art. 1395, comme d'ailleurs les art. 1396 et 1397, ne concernent que les actes passés entre les futurs eux-mêmes, ou entre l'un d'eux et l'une des personnes qui ont été parties au contrat. « Il est impossible, dit Huc [1], qu'une convention soit modifiée par d'autres que ceux qui l'ont conclue. Les actes passés avec des tiers sont tout à fait en dehors des prévisions des art. 1396 et 1397. » Et M. Timbal [2] fait très justement remarquer que si l'on invoquait l'art. 1396 dans le commentaire de l'art. 1404, on devrait aussi invoquer l'art. 1397 et par conséquent exiger qu'une vente consentie par un futur à un tiers après le contrat soit rédigée à la suite de la minute du contrat de mariage. Ce que personne n'a osé soutenir.

42. — MM. Aubry et Rau décident, dans une autre hypothèse, que « en cas de résolution de vente, pour défaut de paiement du prix, d'un immeuble aliéné par l'un des époux dès avant le mariage, c'est la communauté qui devient propriétaire de cet immeuble. La raison en est que l'action en résolution, qui ne constitue... qu'un moyen de faire valoir la créance résultant du contrat de vente, est entrée dans la communauté comme accessoire de cette créance, et ne peut dès lors

(1) IX, 41.
(2) Op. cit., p. 92.

être exercée qu'au nom et dans l'intérêt de la communauté [1]. »

Nous pensons qu'une distinction s'impose et que la solution de la question varie suivant que l'aliénation a été antérieure ou postérieure au contrat de mariage.

Si la vente a eu lieu avant le contrat, le futur époux aliénateur n'avait plus dans son patrimoine de droit de propriété, il n'avait plus qu'un droit de créance contre l'acquéreur pour paiement du prix, lequel droit étant meuble devait tomber en communauté. Donc, en cas de résolution de la vente, l'immeuble vendu se substitue à cette créance et prend sa place dans la communauté.

Mais si, au contraire, l'aliénation a été consentie postérieurement au contrat de mariage, la solution opposée s'impose, par analogie avec celle que nous adoptons dans le cas où le prix de la vente a été payé [2]. Au moment du contrat de mariage, le futur époux aliénateur possédait dans son patrimoine un droit de propriété, immobilier, destiné à lui rester propre. La créance du prix doit, — comme le prix lui-même s'il avait été payé, — rester propre, et, en cas de résolution, l'immeuble qui rentre dans le patrimoine de l'époux vendeur doit rester propre [3].

---

(1) 5e éd., VIII, § 507, n. 48.

(2) V. Supra, n° 39.

(3) M. Timbal (op. cit., p. 89, n. 1) cite un arrêt de la Cour de Bruxelles du 10 février 1887 décidant que « l'acquisition par le mari, dans le temps qui s'est écoulé entre la rédaction des conventions matrimoniales et la célébration du mariage, de portion d'immeubles dont il était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt, mais un propre ».

Nous approuvons cette décision mais non le motif sur lequel elle repose. Elle se fonde uniquement, dit M. Timbal, sur ce principe que les immeubles possédés par les époux au jour du mariage demeurent leur propriété exclusive et personnelle. Nous pensons que l'art. 1404, al. 1er, est ici insuffisant et que l'on doit faire appel par analogie à l'art. 1408, al. 1er. L'immeuble en question doit être propre pour le tout. Mais la somme que le futur époux a versée pour cette acquisition a été prise sur des valeurs qui devaient tomber en communauté : le futur époux acquéreur devra donc récompense d'autant à la communauté.

43. — Quid si, dans l'intervalle du contrat au mariage, un futur époux a cédé à titre gratuit, une partie de ses biens à un tiers?

Si c'est un immeuble, cet époux devra indemniser la communauté, non pas pour le capital, mais pour les revenus sur lesquels l'autre conjoint était en droit de compter.

Si c'est un meuble, une créance par exemple, l'époux cédant devra récompense à la communauté pour le capital et pour les intérêts que devait produire cette créance.

§ 2. — COMMUNAUTÉ CONVENTIONNELLE

1° *Communauté réduite aux acquêts*

44. — Doit-on étendre à ce régime la disposition de l'art. 1404, alinéa 2? Evidemment non. Un immeuble acquis entre le contrat et le mariage le serait avec des valeurs destinées à rester propres, et par conséquent cet immeuble doit lui-même rester propre.

La jurisprudence française, dans deux décisions récentes et contradictoires, s'est occupée de la question.

La Cour de Douai, par un arrêt du 10 avril 1922 [1], décide que l'immeuble acquis de ses père et mère par le futur entre le contrat et le mariage ne constitue pas un propre du mari mais un aquêt de communauté.

Observons d'abord que, malgré la rédaction de ses motifs [2], cet arrêt ne signifie pas que la Cour de Douai

---

(1) *Journal des Notaires*, art. 33.658.

(2) Le *Journal des Notaires* les rapporte en ces termes : « Les conventions matrimoniales rétroagissent au jour du contrat de mariage et tout acte accompli par l'un des futurs époux entre le contrat de mariage et la célébration du mariage suit les règles du régime adopté dans le contrat. Il en résulte que si les époux ont adopté le régime de la Communauté réduite aux acquêts en se réservant comme propres leurs apports et tous les biens qui pendant la communauté adviendraient à chacun d'eux par succession, donation, legs ou autrement, les biens achetés de ses père et mère par le futur entre le contrat et le mariage, ne rentrant pas dans les catégories prévues, ne constituent pas des propres du mari, mais des acquêts de communauté. »

ait entendu consacrer l'application à la communauté d'acquêts de la rétroactivité de la condition. Elle se borne à déterminer, dans une espèce particulière, la composition de la communauté d'acquêts : rien de plus. Mais, dans cette limite, nous estimons pour les raisons indiquées plus haut que l'arrêt est mal rendu [1].

Nous approuverons, au contraire, la Cour de Colmar qui, par un arrêt du 12 mai 1925 [2], a décidé que la disposition de l'art. 1404, alinéa 2, ne pouvait s'appliquer au régime de la communauté réduite aux acquêts [3].

2° *Clause de réalisation ou d'ameublissement, total ou partiel, des biens « présents » ou « futurs »*

45. — Le Code prévoit des cas où les époux font entrer dans leur communauté — ou en excluent — tout ou partie de leurs immeubles ou de leurs meubles « présents » ou « futurs » [4].

Quel est le sens de ces termes : biens présents et biens futurs? A quel moment doit-on se placer pour déterminer la composition des biens présents et celle des biens futurs? Est-ce au moment du contrat ou à la célébration du mariage? Les biens acquis dans l'intervalle sont-ils des biens présents ou futurs?

46. — Pour M. Timbal [5], il lui suffit de rappeler ce principe que le contrat de mariage ne peut produire d'effets qu'après la célébration du mariage, pour décider que c'est à ce même moment qu'on doit se placer pour apprécier la composition de la communauté ou l'étendue de la dotalité. Pour lui, les biens acquis dans l'intervalle considéré sont des biens « présents ».

Cette augmentation nous semble erronée. Le principe — exact en soi — que le régime matrimonial ne

(1) Cet arrêt ne semble pas avoir fait l'objet d'un pourvoi en Cassation.

(2) *Journal des Notaires* (art. 34.809).

(3) L'arrêt invoque, à tort selon nous, le caractère exceptionnel de l'art. 1404, al. 2 et l'immutabilité des conventions matrimoniales.

(4) V. articles 1497, 2° et 3°; 1500; 1505 et 1526.

(5) Op. cit., p. 118.

fonctionne qu'après le mariage, n'est pas en cause ici. Que les biens dont s'agit soient « présents » ou « futurs », ils ne seront affectés par le régime qu'une fois le mariage célébré : ce n'est qu'à partir de ce moment qu'ils seront « propres » ou « communs ».

La question qui nous occupe est de savoir quels biens entreront ou n'entreront pas dans la communauté, par l'effet des clauses énoncées plus haut. Et pour savoir quelle sera la composition de la communauté, ce n'est pas forcément au moment de la célébration du mariage que l'on doit se placer.

Mais nous devons ajouter également que le fait que ce soit dans l'avant-contrat que les futurs époux fixent et déterminent l'objet des obligations qui leur incomberont au jour de la célébration, n'implique pas nécessairement que ce soit au jour du contrat de mariage qu'il faille se placer pour déterminer la composition de la communauté. Les futurs époux peuvent très bien, si tel est leur désir, convenir qu'ils ameubliront tous les immeubles, qu'ils posséderont au moment de la célébration du mariage ou tous les immeubles dont ils deviendront propriétaires après la célébration.

C'est donc uniquement une question d'interprétation de la volonté des parties qui se pose.

47. — La question ainsi posée doit se résoudre, selon nous, dans ce sens que c'est au jour du contrat de mariage qu'il faut se placer — en principe et sous réserve de l'indication expresse d'une volonté contraire des époux — pour déterminer la composition de la communauté et l'effet des clauses relatives aux biens « présents » ou « futurs ». Pour nous, les biens acquis dans l'intervalle du contrat au mariage sont des biens « futurs ».

En effet, quelle est l'intention probable et que l'on est en droit de présumer des futurs époux lorsqu'ils font un contrat de mariage? C'est de faire suivre rapidement ce contrat de la célébration elle-même. Aussi, lorsqu'ils règlent la condition de leurs biens, doivent-

ils envisager leurs patrimoines respectifs dans l'état où ils se trouvent au moment du contrat [1].

Ainsi, lorsque les futurs époux déclarent ameublir leurs immeubles présents, ils expriment par là même leur désir de garder propres les immeubles qui leur adviendront par la suite. Il se peut, par exemple, que l'un des futurs époux compte sur la succession d'un ascendant âgé, comprenant des immeubles importants. N'entendant pas que cette succession tombe en communauté, il ne consent à ameublir que ses immeubles présents. Par suite d'événements imprévus, la célébration du mariage ne suit pas immédiatement la conclusion du contrat et, l'ascendant venant à décéder plus vite que l'on ne s'y attendait, la succession s'ouvre avant la célébration du mariage. Peut-on dire que les immeubles dépendant de cette succession doivent être considérés comme des biens « présents », atteints par conséquent par la clause d'ameublissement, et tomber en communauté? N'y aurait-il pas là un résultat directement contraire à celui voulu par le futur époux héritier?

Autre hypothèse, inverse de la précédente : les époux adoptent le régime de communauté, avec clause de réalisation de leur mobilier présent. L'un des futurs est susceptible de recueillir une succession mobilière importante, qui est donc destinée dans l'esprit des deux conjoints à tomber en communauté et à être partagée. Cette succession vient à s'ouvrir — toujours par suite de circonstances imprévues — avant la célébration du mariage. Va-t-on dire qu'elle est comprise dans le mobilier « présent » réalisé, et par suite qu'elle doit rester propre à l'époux héritier, au lieu de tomber en communauté comme l'autre conjoint était en droit de s'y attendre?

(1) « ... Car les parties, lors du contrat de mariage, en ne s'expliquant pas sur les choses qui composeraient leur communauté, sont censées être tacitement convenues qu'elle sera composée des choses que chacune d'elles avait alors et qui étaient de nature à y entrer ». (Pothier, IV, 281 déjà cité).

Nous croyons qu'il est plus conforme à la volonté probable des futurs époux de considérer les biens acquis dans l'intervalle du contrat au mariage comme des biens « futurs ».

48. — Par conséquent la clause de réalisation du mobilier « présent » vise seulement les meubles appartenant aux conjoints au moment du contrat; la réalisation du mobilier « futur » comprend tous les meubles acquis depuis le contrat [1].

L'ameublissement des immeubles « présents » ne comprend que les immeubles dont les futurs sont propriétaires au jour du contrat, l'ameublissement des immeubles « futurs » : tous les immeubles acquis depuis le contrat [2].

La communauté, à titre universel de biens « présents » ne comprend que les biens existant lors du contrat, la communauté, à titre universel de biens « futurs » comprenant tous ceux acquis depuis le contrat.

Enfin, lorsque la femme se constitue en dot tous ses biens « présents », cela doit s'entendre des biens qu'elle possède au jour du contrat; et la constitution de tous les biens « à venir » doit comprendre les biens qui lui sont advenus dans l'intervalle du contrat au mariage [3].

---

(1) Ctra : Baudry-Lacantinerie. III, 259; Planiol. III, 995; Aubry et Rau, § 523, n. 2 et 3.

(2) Ctra : Aubry et Rau, § 524, texte et n. 9 et 10.

(3) M. Timbal (op. cit., p. 118) adopte sur tous ces points des solutions opposées.

Pour MM. Aubry et Rau (§ 534, 1°) « la constitution de biens présents comprend tous les objets sur lesquels la femme avait, au moment de la passation du contrat de mariage, un droit déjà ouvert ou même un droit simplement éventuel, mais susceptible de se réaliser avec effet rétroactif ». Cette opinion nous semble en contradiction avec celle que ces mêmes auteurs soutiennent au § 524 et d'après laquelle l'ameublissement des immeubles présents comprendrait les immeubles acquis à titre gratuit dans l'intervalle du contrat au mariage. Pourquoi, dès lors, exiger pour la constitution de biens présents, que la femme ait un droit déjà né ou ayant effet rétroactif au jour du contrat de mariage?

§ 3. — REGIME DOTAL

49. — La principale caractéristique de ce régime, c'est l'inaliénabilité des biens dotaux. La question se pose de savoir à quel moment commence cette inaliénabilité : est-ce à partir du contrat ou seulement à partir du mariage?

Il suffit pour répondre à cette question de définir exactement ce qu'on entend par « inaliénabilité dotale ». L'inaliénabilité dotale, c'est une aggravation de l'incapacité de la femme mariée [1] : la femme mariée ne peut pas disposer de sa dot, avec ou sans autorisation du mari ou de justice, en dehors des cas prévus par la loi. Lors donc que la femme n'est pas encore mariée, elle n'est pas incapable, et il ne saurait être question d'aggraver une incapacité inexistante [2].

Les textes du Code, d'ailleurs, ne permettent pas d'adopter une opinion contraire. L'art. 1554, qui édicte le principe de l'inaliénabilité, est formel : « Les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués *pendant le mariage...* [3]. »

50. — Mais ce serait donner à la question une solution incomplète que de se borner à dire que l'inalié-

---

(1) La doctrine suivant laquelle l'inaliénabilité dotale s'expliquerait par une idée d'indisponibilité réelle frappant les immeubles dotaux (Mongin, Rev. crit. 1886, p. 92 et 170; Aubry et Rau, § 538, n. 31 et § 539, n. 8 et 14) est abandonnée aujourd'hui. On admet généralement que l'inaliénabilité dotale résulte d'une incapacité spéciale de la femme dotale, établie dans l'intérêt de la famille. (En ce sens : Huc, IX, 446; Guillouard, IV, 1836; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, 1667; Planiol, III, 1524; Nast (Planiol et Ripert, IX, 1117). — M. Bartin (sur Aubry et Rau, 5e éd., VIII, § 537, t. et n. 2 octies) préfère voir dans les immeubles dotaux un patrimoine distinct, affecté à la satisfaction éventuelle de certains intérêts de famille, et comparable aux biens réservés de la loi du 13 juillet 1907.

(2) Dans ce sens : Planiol. III, 833 et 1526; *Annotateur du Dalloz* et Lacointa dans le Sirey sous Cass., 18 décembre 1878 (D. 79, 1, 441 et S. 81, 1, 353); Timbal. Op. cit., p. 109 et suiv.

(3) V. également articles 1549 et 1561. L'art. 1558, par la rédaction de son 4e alinéa, peut faire hésiter; mais, comme on le verra plus loin, ce texte nous paraît être le résultat d'une confusion des rédacteurs du Code.

nabilité dotale ne commence qu'au jour de la célébration du mariage. Il importe ici de faire une distinction que l'on ne doit jamais perdre de vue, quand on étudie la matière du contrat de mariage : il faut envisager séparément les rapports des époux avec les tiers et les rapports des époux entre eux.

La proposition que nous venons d'énoncer — fixant le point de départ de l'inaliénabilité dotale à la célébration du mariage — est vraie dans les rapports des époux envers les tiers. Il ne saurait être question d'opposer avant le mariage à des tiers de bonne foi un contrat de mariage dont l'existence ne leur sera révélée qu'à la célébration du mariage (L. du 10 juillet 1850).

Elle ne l'est plus autant dans les rapports des époux entre eux. Il faut, en effet, se rappeler ce que nous avons dit de la convention matrimoniale[1] : c'est un avant-contrat dans lequel les futurs époux ont fixé et déterminé l'objet des obligations qui naîtront à leur charge le jour du mariage. Et l'effet obligatoire « avant-contractuel » de cette convention matrimoniale consiste précisément en ce que les deux contractants doivent s'abstenir de rien faire qui puisse, directement ou indirectement, altérer l'importance des engagements qu'ils ont pris.

Quand donc la femme, se constituant en dot certains biens, s'est engagée à les apporter au mari le jour du mariage pour l'aider à faire face aux charges du ménage, elle s'est obligée par là même à s'abstenir de tout acte qui viendrait priver en tout ou en partie son mari de son droit de jouissance sur la dot promise. Et l'inexécution de cette obligation rend la femme passible de dommages-intérêts envers le mari.

C'est en nous inspirant de cette idée que nous allons examiner quelques cas particuliers.

51. — 1° Aliénation par la femme dans l'intervalle du contrat au mariage d'un immeuble compris dans la constitution de dot.

(1) V. Supra, nos 27 et 30.

Cette aliénation est valable et sera opposable au mari, — à condition toutefois qu'elle ait été transcrite avant le mariage. Seulement la femme devra indemnité à son mari pour la privation de jouissance résultant de cette aliénation [1].

52. — 2° Acquisition par la femme entre le contrat et le mariage d'un immeuble en échange d'un immeuble compris dans la constitution de dot.

Cette espèce a fait l'objet de deux arrêts relatifs à la même affaire : un arrêt de la Cour de Toulouse du 18 mars 1876 et un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 18 décembre 1878 (Laville, c. Barase, D. 79, 1, 441, S. 81, 1, 353).

La Cour de Toulouse avait jugé que l'immeuble acquis en échange de l'immeuble dotal (stipulé aliénable à charge de remploi) devait être paraphernal et non dotal « attendu... qu'il n'y a eu de biens dotaux qu' à dater du mariage qui, seul, pouvait donner aux époux la qualité nécessaire pour les aliéner et en faire le remploi.. ».

La Cour de Cassation cassa l'arrêt de Toulouse par un arrêt ainsi motivé : « ... Attendu que les biens immeubles ainsi acquis par la future se trouvant, même en l'absence d'une stipulation expresse de remploi, *substitués à ceux aliénés par l'échange...*, étaient nécessairement devenus dotaux et aliénables à charge de remploi...; attendu que si l'effet des conventions matrimoniales est subordonné à l'événement même de la célébration du mariage, lorsque cette célébration a eu lieu, l'accomplissement de la condition a, aux termes de l'art. 1179, un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté; attendu que cet effet

(1) Un arrêt de la Cour de Nîmes du 26 mars 1889 (*Le Droit*, 16-17 septembre 1889) déclare, au contraire « nulle et sans effet la vente faite par la femme, depuis son contrat de mariage et avant le mariage, d'un immeuble qu'elle s'est constitué en dot ». Elle base sa décision sur l'effet rétroactif de la condition et aussi sur l'art. 1396.

rétroactif est applicable en matière de régime dotal... »

Cet arrêt a été critiqué vivement, — et à tort selon nous, — par une partie de la doctrine [1]. Ces auteurs, sur la foi des motifs qui précèdent, ont accusé la Cour de Cassation de vouloir faire remonter les effets du contrat de mariage en général et du régime dotal en particulier, au jour de la passation du contrat.

Nous avons déjà indiqué [2] que cette interprétation de la jurisprudence de la Cour de Cassation nous semblait erronée. La décision du 18 décembre 1878 ne signifie pas du tout que la Cour Suprême ait entendu fixer la date du contrat de mariage comme point de départ de la dotalité. La Cour a seulement voulu que l'immeuble acquis dans l'intervalle du contrat au mariage en échange d'un immeuble destiné à devenir dotal, prît la place de celui-ci dans la constitution de dot; mais cet immeuble ne sera frappé d'inaliénabilité qu'à la célébration du mariage. La Cour n'a pas voulu que, par son fait, la femme pût modifier la constitution de dot, telle qu'elle avait été établie dans le contrat de mariage [3].

Pour nous, qui basons notre raisonnement sur l'avant-contrat, cette décision du 18 décembre 1878 est irréprochable : la Cour de Cassation, sanctionnant l'effet obligatoire avant-contractuel de la convention matrimoniale, a assuré l'exécution de l'engagement pris par la femme de ne rien faire qui pût modifier le droit de jouissance du mari sur la dot promise [4].

---

(1) Guillouard. I, 329; Huc. IX, 60; Baudry-Lacantinerie. III, 32 *bis;* Lacointa, note au Sirey, 81, 1, 353; note au Dalloz, 79, 1, 441; Timbal. Op. cit., p. 40 et suiv.

(2) V. Supra, n° 20.

(3) Dans ce sens : Bartin sur Aubry et Rau, 5e éd., VII, p. 473, § 501, n. 8 quater; Planiol. III, 833; Nast (Planiol et Ripert, VIII), 103.

(4) *L'annotateur du Dalloz* dit (D. 79, 1, 441) : « A partir du jour où elle (la femme) a signé le contrat, elle ne peut rien faire qui empêche l'exécution des obligations qu'elle y a prises à l'égard de son mari. »

Mais l'auteur de la note semble présenter cette observation comme une conséquence de la rétroactivité de l'art. 1179, de même d'ailleurs que les deux articles 1404, al. 2 et 1158 al. 4.

Seulement la Cour de Cassation n'a pas trouvé, pour justifier sa décision, d'autre moyen que de faire appel à la rétroactivité de l'art. 1179 : ce qui a induit en erreur les auteurs qui n'ont pas su apprécier le dispositif de l'arrêt indépendamment de ses motifs.

En somme, comme le dit justement M. Bartin [1], l'arrêt de 1878 consacre l'extension au régime dotal de la disposition légale de l'art. 1404, alinéa 2.

Ajoutons que dans l'hypothèse envisagée ici, la solution de la Cour de Cassation s'imposerait « même en l'absence d'une stipulation de remploi. »

53. — 3° Constitution de droits réels par la femme sur ses immeubles dotaux dans l'intervalle du contrat au mariage.

Toute constitution de droits réels (hypothèque, usufruit, servitude) est valable à condition toutefois que l'acte constitutif ait été transcrit avant la célébration du mariage, et toujours sous réserve de l'indemnité due au mari en cas de perte ou diminution de jouissance sur l'immeuble grevé.

54. — 4° Enfin l'immeuble dotal peut être prescrit pendant le mariage, si la prescription a commencé à courir avant le mariage (art. 1561), — la prescription n'eût-elle commencé qu'après la conclusion du contrat de mariage.

(1) Op. et loc. cit.

CHAPITRE II

LES DETTES DES ÉPOUX

55. — Pour connaître les effets d'un régime matrimonial sur les dettes des époux et savoir à quel moment se produisent ces effets, il est nécessaire de toujours bien séparer les deux points de vue de l'obligation aux dettes, c'est-à-dire du droit des créanciers, et de la contribution aux dettes, c'est-à-dire de leur répartition entre époux. C'est ce que nous nous efforcerons de faire en examinant les différents régimes matrimoniaux.

§ 1. — COMMUNAUTÉ LÉGALE

56. — S'il n'y a pas eu de contrat de mariage, pas de difficulté : toutes les dettes du mari et de la femme, antérieures au mariage, sont communes (art. 1409, alinéa 1[er]), tant dans les rapports des époux avec les tiers que dans leurs rapports entre eux.

S'il y a eu contrat de mariage, contenant adoption de la communauté légale, la question n'est plus aussi simple.

Pour les dettes antérieures au contrat, elles sont évidemment communes aux deux points de vue de l'obligation et de la contribution.

Mais pour celles contractées entre le contrat et le mariage, on doit, à notre avis, décider que, au regard des créanciers, les dettes du mari et de la femme sont communes, mais que, dans les rapports entre les époux, ces dettes doivent rester propres.

Au regard des créanciers, ces dettes sont communes (c'est-à-dire destinées à devenir communes à la célébration du mariage). Le mari pouvant pendant le mariage disposer de la communauté pour désintéresser ses créanciers quels qu'ils soient (antérieurs ou postérieurs au mariage), les créanciers de celui-ci, dont la créance aura pris naissance dans l'intervalle considéré, pourront saisir les biens de la communauté. Quant à la femme, son incapacité d'engager les biens communs est une conséquence particulière de son incapacité de femme mariée et par suite n'existe qu'à la célébration du mariage. Les dettes qu'elle contracte jusqu'à ce moment sont donc exécutoires sur les biens communs.

Seulement, de ce que les créanciers du mari ou de la femme pourront poursuivre leur remboursement sur la communauté, il ne s'ensuit pas qu'à la dissolution ces dettes doivent être partagées par moitié. Nous pensons au contraire que l'époux débiteur devrait récompense à la communauté pour la dette qui aurait été payée à sa décharge.

En effet, il convient encore ici de faire intervenir l'effet obligatoire « avant-contractuel » de la convention matrimoniale : chaque époux est tenu de respecter les engagements qu'il a pris dans cette convention et ne doit rien faire qui puisse modifier l'étendue des obligations qui lui incomberont le jour du mariage ainsi qu'à son conjoint. Chaque époux a promis d'apporter dans la communauté sa fortune mobilière, c'est-à-dire son actif mobilier et son passif mobilier (en fait tout son passif) ; et les époux se sont placés au moment où ils échangeaient leurs promesses pour évaluer l'im-

portance de leurs apports [1]. Si donc dans l'intervalle du contrat au mariage, l'un des époux vient par de nouvelles dettes, modifier et diminuer la fortune qu'il avait promis de faire tomber en communauté, il manque à ses engagements et il devra indemniser la communauté de façon que son conjoint n'ait pas à payer la moitié des dettes ainsi contractées.

Et l'on ne doit faire aucune distinction entre les dettes ainsi contractées par le mari ou par la femme : ils doivent tous les deux tenir leurs engagements [2].

Ajoutons que l'époux débiteur devrait récompense à la communauté non seulement pour le capital des dettes mais encore pour les intérêts.

§ 2. — COMMUNAUTÉ CONVENTIONNELLE

1° *Clause de séparation de dettes*

57. — L'art. 1497, qui prévoit que les époux peuvent modifier la communauté légale en stipulant qu'ils paieront séparément leurs dettes « antérieures au mariage », ne va pas du tout à l'encontre de notre théorie et ne signifie pas que ce soit au jour du mariage qu'il faille se placer pour apprécier la situation de fortune des époux : la séparation des dettes existant lors du contrat exigeait nécessairement la séparation des dettes existant lors de la célébration, sans quoi les époux auraient pu, en contractant de nouvelles dettes dans l'intervalle du contrat au mariage, modifier et même réduire à néant la séparation des dettes prévue au contrat.

---

(1) V. Supra, n° 47, ainsi que Pothier déjà cité (IV, 281).

(2) La solution que nous défendons est combattue par MM. Aubry et Rau (§ 508, t. et n. 23) et d'une manière générale par toute la doctrine.

La doctrine moderne et récente accuse toutefois un revirement en faveur de la solution que nous préconisons. Si M. Planiol, dans son traité élémentaire (III, 1079) ne soulève pas la question, il la tranche nettement dans son nouveau « Traité pratique » (Tome VIII, Planiol, Ripert et Nast, 103) : « ... l'apport promis au contrat de mariage ne pourrait pas être diminué du fait de dettes nées dans l'intervalle entre le contrat et la célébration du mariage. »

2° *Clause d'apport franc et quitte*

58. — Les mêmes raisons justifient la disposition de l'art. 1511 dont la rédaction s'adapte parfaitement à notre théorie : « lorsque les époux apportent dans la communauté une somme certaine ou un corps certain, un tel apport emporte la convention tacite qu'il n'est point grevé de dettes antérieures au mariage; et il doit être fait raison par l'époux débiteur à l'autre de toutes celles qui diminueraient l'apport promis. »

§ 3. — REGIME EXCLUSIF DE COMMUNAUTÉ

59. — Ce régime emporte la séparation des dettes des époux. La question des dettes du mari contractées dans l'intervalle du contrat à la célébration est sans intérêt. Pour toutes les dettes du mari, antérieures ou postérieures au contrat de mariage, ses créanciers ont action pendant le mariage sur ses biens et sur les revenus des biens de la femme que la loi lui attribue (art. 1530).

Il n'en est pas de même pour les dettes de la femme contractées dans l'intervalle considéré. Pour le recouvrement de ces dettes, les créanciers de la femme (à condition que la date de leur titre soit certaine) ont action sur les biens de la femme en toute propriété, c'est-à-dire qu'ils pourront en saisir les revenus entre les mains du mari. Le droit de jouissance de celui-ci, tel qu'il résultait du contrat de mariage, va donc s'en trouver diminué. La femme devra indemniser le mari pour le préjudice qu'il subit.

§ 4. — RÉGIME DE SÉPARATION DE BIENS

60. — Il semble, à première vue, que sous ce régime la question des dettes contractées par les époux dans l'intervalle du contrat au mariage ne puisse se poser, puisque chaque époux conserve en propre non seule-

ment la propriété mais la jouissance de son patrimoine et par conséquent la charge complète de ses dettes. Et cela est vrai pour le mari.

Mais il n'en est pas de même pour la femme : celle-ci s'est engagée dans le contrat de mariage à verser à son mari, à partir de la célébration, une part déterminée de ses revenus, ceux-ci étant évalués d'après l'importance de sa fortune au jour du contrat. Si donc la femme, par des emprunts contractés après le contrat et avant le mariage, vient à entamer sa fortune et à diminuer ses revenus, la part attribuée au mari s'en trouvera par là même réduite, et la femme devrait, nous semble-t-il, indemniser son mari à la liquidation [1].

§ 5. — RÉGIME DOTAL

61. — La question des dettes sous ce régime n'est intéressante qu'en ce qui concerne la femme : le mari, en effet, n'étant frappé d'aucune incapacité, ses biens peuvent toujours être saisis par tous ses créanciers à quelque époque que leur droit ait pris naissance.

Pour la femme au contraire, le régime dotal frappe ses biens d'insaisissabilité, et la question se pose de savoir à quel moment commence cette insaisissabilité.

62. — Nous ferons à cette question la même réponse que pour l'inaliénabilité [2]. L'insaisissabilité dotale est une aggravation particulière de l'incapacité de la femme mariée, en ce sens que l'obligation qu'elle contractera envers un tiers sera valable au lieu d'être annulable, mais ne sera pas exécutoire sur ses biens dotaux. Les créanciers de la femme ne pourront pas

---

(1) Pendant le mariage, le mari ne court pas les mêmes risques, car la femme séparée de biens ne peut s'obliger que pour l'administration de sa fortune, tandis qu'avant le mariage la femme peut valablement s'obliger même au delà.

(2) V. Supra, n° 49.

poursuivre leur paiement indistinctement sur tous les biens de leur débitrice, comme le voudrait l'article 2.092 [1].

L'insaisissabilité ne devrait donc commencer qu'à la célébration du mariage puisque jusque-là il n'y a pas de femme mariée et qu'on ne saurait aggraver une incapacité inexistante.

Par conséquent, par application de ce principe, — auquel pour notre part nous nous rallions pleinement, — on devrait décider que les obligations contractées par la femme avant la célébration du mariage seront exécutoires sur ses biens dotaux, même pendant le mariage. Et il ne saurait y avoir de distinction à établir entre les dettes contractées avant le contrat et celles contractées entre le contrat et le mariage.

C'est cependant sur ce dernier point qu'une controverse s'est élevée, provoquée par la rédaction de l'al. 4 de l'art. 1158 : « L'immeuble dotal peut encore être aliéné... pour payer les dettes de la femme et de ceux qui ont constitué la dot, lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au contrat de mariage. » L'interprétation de ce texte a divisé la doctrine et la jurisprudence.

63. — Avant d'en faire l'exposé critique, nous présenterons les observations suivantes.

Comme conséquence du principe que l'inaliénabilité dotale ne commence qu'avec le mariage, nous avons admis [2] qu'une hypothèque constituée par la femme sur un immeuble dotal dans l'intervalle du contrat à la célébration était valable. La question ne se pose donc plus que pour les créanciers chirographaires, n'ayant aucun droit réel inscrit sur les immeubles dotaux et ayant un titre dont la date certaine se place entre celle du contrat et celle du mariage.

---

(1) V. Planiol, III, nos 1524, 1586 et 1588.
(2) V. Supra, n° 53.

Pour ces créanciers, il y a lieu de faire remarquer que, même si la femme s'était constitué en dot tous ses biens présents, il ne s'ensuivrait pas nécessairement qu'un créancier chirographaire, dont le titre serait postérieur au contrat de mariage, aurait action sur les biens dotaux. Nous avons vu [1] que la constitution de biens « présents » doit s'entendre des biens que la femme possédait au jour du contrat de mariage. Ce serait donc uniquement les dettes de la femme existant à ce moment qui seraient comprises dans la constitution de dot.

Notons enfin que la question de savoir si le créancier chirographaire dont s'agit peut saisir les immeubles dotaux, n'a vraiment d'intérêt que si on admet — comme nous pensons qu'on doit le faire — que ce créancier peut saisir la pleine propriété du bien dotal. S'il ne peut, au contraire, en saisir que la nue propriété, alors il doit être indifférent, en principe, au mari que cette nue propriété appartienne à un tiers plutôt qu'à sa femme, puisqu'il garde toujours la jouissance de l'immeuble [2].

64. — Ces observations préalables étant faites, comment doit-on interpréter le quatrième alinéa de l'art. 1558?

Il semble bien à première vue, si on prend le texte à la lettre, qu'il fasse remonter l'insaisissabilité dotale à la date du contrat de mariage.

---

(1) V. Supra, n° 48.

(2) Il est à remarquer que l'art. 1558 ne s'occupe pas à proprement parler de l'insaisissabilité dotale. Il prévoit seulement le cas où la femme pourra être autorisée à aliéner volontairement un immeuble dotal pour désintéresser certains créanciers. Mais si la loi, soucieuse avant tout de sauvegarder la dot, permet à la femme de vendre un bien dotal pour payer certaines dettes, c'est évidemment parce qu'elle considère ces dettes exécutoires sur la dot. Le Code n'a permis l'aliénation volontaire que pour éviter une saisie qui pouvait être plus désavantageuse pour la femme. L'art. 1558, al. 4, tranche donc bien la question du point de départ de l'insaisissabilité dotale.

Pour MM. Aubry et Rau [1], la date certaine antérieure au contrat de mariage est nécessaire pour que le créancier puisse saisir les biens dotaux. Si la date du titre de créance se place entre le contrat et le mariage, le créancier est dans la même situation que le créancier qui a traité avec la femme pendant le mariage : il sera arrêté par l'insaisissabilité dotale [2].

La majorité de la doctrine partage cette opinion [3].

65. — Quant à la jurisprudence, elle a d'abord sanctionné la thèse de la doctrine par deux arrêts anciens de la Cour de Montpellier (7 janvier 1830 : D. 30, 2, 131, S. 30, 2, 69 et 6 mars 1844, D. 45, 2, 38, S. 45, 2, 11).

Le premier de ces arrêts, surtout, dans des attendus très affirmatifs, exige la date certaine antérieure au contrat de mariage. Pour lui, le Code par les mots « contrat de mariage » n'a pas entendu parler de l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état-civil, mais du contrat renfermant les conventions matrimoniales des parties.

Cependant, ces deux arrêts sont restés isolés, et les tribunaux, dans des décisions plus récentes et rendues dans le même sens, ont adopté l'opinion contraire.

La Cour de Rouen, par un arrêt du 10 janvier 1867 (S. 67, 2, 109), qui a modifié l'orientation de la jurisprudence et dont les attendus très nets sont directement opposés à ceux de la Cour de Montpellier précités, n'exige pas l'antériorité de la créance par rapport

(1) 5e éd., VIII, § 538, 1°.

(2) Ces auteurs ajoutent à la note 3 du § 538 : « ... Si le législateur, en donnant aux tribunaux le pouvoir de permettre l'aliénation des biens dotaux pour l'acquittement des dettes de la femme antérieures au mariage, n'a cru devoir le faire que pour les créances ayant une date certaine antérieure au contrat de mariage, cela ne s'explique que parce que, dans sa pensée, ces créances étaient les seules à raison desquelles les créanciers pussent avoir action sur les biens dotaux. »

(3) Dans ce sens : Bartin sur Aubry et Rau, 5e éd., loc. cit., n. 3, *in fine;* Baudry-Lacantinerie. III, 395; M. Planiol (III, 1564, 3° et 1599) semble lui aussi de cet avis.

au contrat de mariage. D'après cet arrêt, l'art. 1558, par les mots « contrat de mariage » entend non pas le contrat passé devant notaire mais le mariage lui-même qui seul « prévient par la publicité qui précède cet acte solennel, les graves inconvénients qui résulteraient pour les tiers de l'interprétation donnée par les premiers juges aux mots : contrat de mariage ».

La Cour de Rouen a été suivie par d'autres Cours, dont notamment la Cour de Montpellier elle-même. Celle-ci, par un arrêt du 13 novembre 1878 (S. 79, 2, 65) a abandonné sa façon de voir antérieure et n'exige plus la date certaine antérieure au contrat de mariage. D'après cet arrêt, « les créanciers de la femme antérieurs au mariage peuvent poursuivre le paiement de leur créance sur tous les biens de celle-ci...; il suffit que la créance ait une date certaine antérieure au mariage, suivant les termes formels de l'art. 1558 [1]. »

Pour la jurisprudence donc l'insaisissabilité dotale ne commence qu'à la célébration du mariage.

66. — En présence de ces deux interprétations opposées de l'art. 1558, quelle sera notre solution?

En ce qui concerne d'abord le sens à donner aux mots « contrat de mariage » du texte, nous ne pensons pas que le législateur ait voulu désigner par là le mariage lui-même et nous approuvons, sur ce point, les attendus de l'arrêt de Montpellier du 7 janvier 1830, précité.

Pour soutenir que la rédaction de l'art. 1558 était incorrecte, on a voulu tirer argument des deux articles 2194 et 2195. Ces deux textes, envisageant le cas où l'acquéreur d'un immeuble appartenant à un mari désire purger cet immeuble de l'hypothèque légale de la femme, décident que l'inscription prise pour celle-ci aura le même effet que si elle avait été prise le jour

(1) Citons encore les arrêts de Caen, 9 juillet 1889 (D., 90, 2, 137); Cass., 28 janvier 1891 (D., 92, 1, 53, S. 93, 1, 294); Montpellier, 26 mai 1902 (S. 05, 2, 281).

du contrat de mariage. Ces deux articles étant en contradiction avec l'art. 2135 qui fixe le jour du mariage comme date à laquelle l'hypothèque légale prend rang, on est d'accord pour déclarer que c'est l'art. 2135, s'occupant particulièrement « du rang que les hypothèques ont entre elles », qui doit être considéré comme contenant l'expression exacte de la volonté du législateur, et que la rédaction des deux art. 2194 et 2195 est une inadvertance des rédacteurs du Code [1].

Et alors, certains auteurs comme M. Lyon-Caen [2] et M. Timbal [3] disent : si le législateur s'est trompé dans les art. 2194 et 2195 et a employé l'expression « contrat de mariage » pour désigner le « mariage » lui-même, pourquoi ne pas admettre qu'il s'est trompé aussi dans l'art. 1558?

Evidemment, on facilite ainsi beaucoup l'explication de ce texte; malheureusement, nous ne croyons pas qu'on puisse tirer argument des art. 2194 et 2195 en faveur d'une telle interprétation de l'art. 1558. Ces deux articles figurent dans le Code au titre « des privilèges et hypothèques » et sont relatifs seulement à la purge des hypothèques légales : il est donc possible, surtout en présence du texte formel de l'art. 2135, de dénaturer l'expression littérale dont ils se servent pour lui donner un autre sens. Mais, pour l'art. 1558, une telle transposition du texte n'est plus permise. Cet article prend place dans le Code au titre « du contrat de mariage ». Nous sommes donc ici au siège de la matière, et la traduction littérale du texte est de rigueur, d'autant plus que l'art. 1558 vient immédiatement après l'art. 1557 où l'expression « contrat de mariage » est évidemment prise dans son sens propre.

---

(1) V. notamment : Aubry et Rau. 5e éd., III, p. 402, § 264 *ter*, n. 64; Planiol. II, 3116.

(2) Note au Sirey, sous Montpellier, 13 novembre 1878, S., 79, 2, 65.

(3) Op. cit., p. 132.

Enfin on ne saurait citer dans tout le titre du contrat de mariage un autre article où cette expression désignât le mariage lui-même [1].

67. — Mais alors, si on traduit l'art. 1558 à la lettre, on doit en conclure nécessairement, semble-t-il, que cet article fait remonter l'insaisissabilité dotale au contrat de mariage, ce qui est non seulement contraire à la logique juridique mais de plus en contradiction avec ce que décide la loi en matière d'inaliénabilité dotale (art. 1554).

Nous ne croyons pas cette conclusion nécessaire et nous pensons qu'il est possible de donner de l'art. 1558 une interprétation à la fois respectueuse du texte et conforme aux principes.

L'art. 1558, en effet, ne s'occupe pas seulement des dettes de la femme mais aussi des dettes de ceux qui ont constitué la dot. Et c'est précisément à ces dernières que le législateur a pensé lorsqu'il a exigé la date certaine antérieure au contrat de mariage. Comme nous le verrons plus tard, il était nécessaire que le législateur exigeât l'antériorité de la dette du constituant par rapport au contrat de mariage, sous peine de ne plus assurer l'exécution de la constitution de dot.

Mais les rédacteurs du Code n'ont pas eu l'intention d'exiger la même antériorité pour les dettes de la femme. C'est ce qui résulte de l'Exposé des motifs par Berlier au Corps Législatif : « L'aliénation des immeubles dotaux pourra être autorisée... pour payer les dettes de la femme *antérieures au mariage* [2]. » D'ailleurs, Cambacérès, au cours de la discussion au Conseil d'Etat sur l'art. 168 du projet (aujourd'hui art. 1558), demandant que les dettes, pour le paiement desquelles l'immeuble dotal pourrait être aliéné, soient constatées par acte authentique, avait dit qu'il conviendrait aussi

(1) Comp. le sens du mot « mariage » dans l'art. 1404, al. 2.

(2) Présentation du projet au Corps Législatif, le 10 pluviôse an XII : Fenet, XIII, p. 683.

de réduire l'aliénabilité pour dettes aux seules dettes contractées *antérieurement au mariage* [1]. Il est vrai que la section à laquelle ses observations furent renvoyées, groupant en un seul texte les dettes de la femme et celles du constituant, exigea l'antériorité par rapport au contrat de mariage. Mais ce nous paraît être là le résultat d'une simple confusion des rédacteurs de la section, et, pour nous, l'art. 1558 n'exige la date certaine antérieure au contrat de mariage que pour les dettes du constituant [2].

Cette interprétation nous paraît à la fois respectueuse du texte même du Code et conforme aux principes. Il eût été vraiment étrange que la loi permît à la femme dans l'art. 1554 de vendre et d'hypothéquer ses biens dotaux dans l'intervalle du contrat au mariage et que, dans l'art. 1558, elle lui refusât le droit de s'obliger sur ces biens pendant le même intervalle. On ne comprendrait pas que le législateur eût fixé pour l'incapacité de la femme dotale deux points de départ différents : le mariage dans l'art. 1554 et le contrat dans l'art. 1558.

68. — L'interprétation que nous venons de donner de l'art. 1558 nous paraît également commandée par le souci qu'on doit avoir de sauvegarder les droits des tiers.

Tant que le mariage n'est pas célébré, ceux-ci n'ont aucun moyen de connaître l'existence du contrat de mariage. Il serait vraiment injuste que des tiers, qui ont traité de bonne foi avec la fiancée dotale et qui ont poussé la confiance dans leur débitrice jusqu'à ne pas se garantir par des sûretés réelles, pussent voir leurs droits compromis, sinon anéantis [3], par un événement : la célébration du mariage qu'il leur était impos-

(1) Fenet. XIII, p. 596 : Discussion au Conseil d'Etat. Procès-verbal de la séance du 4 brumaire an XII.

(2) Dans ce sens : Timbal. Op. cit., pp. 133 et suiv.

(3) Il se peut que les biens paraphernaux soient insuffisants pour désintéresser les créanciers; il se peut aussi que la femme se soit constitué en dot tous ses biens.

sible de prévoir et qui peut survenir plusieurs mois ou même plusieurs années après l'engagement de la fiancée [1].

Cette objection n'a pas échappé aux auteurs qui font remonter l'insaisissabilité dotale au jour du contrat de mariage. MM. Aubry et Rau ont cherché à y répondre en suggérant que la femme, qui traiterait avec un tiers en lui laissant ignorer qu'elle a signé un contrat par lequel elle s'est constitué en dot tous ses biens (hypothèse la plus dangereuse pour le tiers), « pourrait être facilement considérée comme ayant commis un quasi-délit et condamnée à des dommages-intérêts pour le recouvrement desquels son créancier aurait action sur les biens dotaux [2] ».

Le remède proposé par ces auteurs nous paraît insuffisant. La condamnation de la femme par les tribunaux à des dommages-intérêts envers ces créanciers, comme s'étant rendue coupable à leur égard d'un quasi-délit, sera toujours incertaine. Les tribunaux pourront, dans leur désir de sauvegarder la dot et de protéger la famille, se laisser influencer par des circonstances de fait plaidant en faveur de la femme et refuser de condamner celle-ci, surtout s'il n'y a eu de sa part aucune mauvaise foi.

69. — Si l'on recherche la raison qui a déterminé la doctrine à faire remonter l'insaisissabilité dotale au jour du contrat, on voit que c'est surtout le souci qu'ont eu les auteurs d'assurer l'exécution des engagements que la femme avait pris dans le contrat de mariage envers son mari qui les a incités, bien plus que la rédaction même de l'art. 1558, à déclarer la femme incapable de s'obliger sur sa dot dès le jour du contrat de mariage [3].

---

(1) Dans ce sens : Timbal. Op. cit., p. 137; Nast (Planiol et Ripert, VIII), 103, *in fine*.

(2) VIII, § 538, n. 3.

(3) « Il est certain, dit M. Planiol (III, 1599), qu'avec le système de la jurisprudence l'effet de la constitution de dot peut se trouver anéanti par des obligations contractées après le

C'est, en effet, la seconde partie du problème. Il ne suffit pas de fixer, comme nous l'avons fait, le point de départ de l'insaisissabilité dotale à la célébration du mariage : on ne règle par là que les rapports des époux avec les tiers. Il faut encore examiner l'autre face de la question : les rapports des époux entre eux.

C'est ici qu'intervient l'effet obligatoire « avant-contractuel » du contrat de mariage qui oblige les futurs époux à s'abstenir entre le contrat et le mariage de tout acte susceptible de dénaturer les engagements qu'ils ont pris dans leur contrat. Ils ont précisé dans ce contrat l'étendue des obligations qui naîtront à leur charge le jour du mariage. Ils ne doivent pas indirectement altérer ces obligations.

En se constituant en dot tout ou partie de ses biens, la femme a promis à son mari de lui en apporter la jouissance au jour du mariage et elle s'est engagée par là même à s'abstenir de tout acte de nature à modifier ou diminuer cette jouissance. Lors donc que la femme, par des dettes contractées après la constitution de dot, vient à compromettre une partie ou même la totalité de sa dot, elle manque à cet engagement et doit indemniser son mari pour le préjudice qu'il subit.

En séparant ainsi les deux points de vue du droit de poursuite des créanciers et des rapports des époux entre eux, on donne à la question du point de départ de l'insaisissabilité dotale une solution convenable, sauvegardant les droits des tiers et protégeant le mari contre les fraudes de sa fiancée.

70. — Nous terminerons ce commentaire de l'article 1558 par une observation que nous suggère l'addition de M. Bartin à la note 3 du § 538 d'Aubry et Rau [1]. Pour cet auteur, la loi dans les art. 1404, al. 2

contrat et ayant acquis date certaine avant le mariage ». MM. Aubry et Rau (loc. cit.) sont encore plus précis : « Le système contraire (celui de la Jurisprudence...) laisserait à la femme la possibilité de modifier ou de dénaturer, par des engagements contractés postérieurement à la passation du contrat de mariage, les effets que ce contrat devait produire. »

(1) 5e éd., VIII, p. 544.

et 1558, al. 4 a apporté deux dérogations au principe que le contrat de mariage ne produit effet qu'à dater du mariage, « dérogations fondées l'une et l'autre sur la prévision d'une fraude possible, se rattachant l'une et l'autre à la disposition générale de l'art. 1396, et, par conséquent, liées entre elles au point que la jurisprudence qui s'est formée sur l'art. 1558 n'est pas moins contraire à l'art. 1404 qu'au texte même de l'art. 1558 ».

Nous avons déjà fait remarquer que l'art. 1404 ne pouvait être considéré comme une exception au principe que le régime matrimonial ne fonctionne qu'à partir de la célébration du mariage [1], et que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, ainsi que l'art. 1396, n'était pas en cause ici [2].

Nous ajouterons qu'il y a entre les deux hypothèses envisagées dans les art. 1404 et 1558 une différence essentielle : l'art. 1404 règle une question à débattre entre les époux seulement tandis que l'art. 1558 peut, selon l'interprétation qu'on lui donne, porter atteinte à des droits acquis par des tiers.

Que, sous le régime de communauté, l'immeuble acquis dans l'intervalle du contrat au mariage reste propre à l'époux acquéreur ou tombe en communauté, les créanciers de cet époux (mari ou femme), antérieurs à la célébration du mariage, pourront toujours le saisir. L'art. 1404 ne les intéresse pas : il règle seulement, entre époux, la composition de la communauté.

Au contraire, l'art. 1558 intéresse directement les tiers : si l'on fait remonter l'insaisissabilité dotale à la passation du contrat de mariage, les droits des créanciers de la femme dont le titre est postérieur au contrat peuvent se trouver complètement sacrifiés.

On ne peut donc établir entre les deux articles 1404 et 1558 une liaison aussi étroite que celle qu'indique M. Bartin.

---

(1) V. Supra, n° 34.
(2) V. Supra, n° 41.

CHAPITRE III

DROITS ET POUVOIRS DU MARI

71. — La loi confère au mari sur les biens de la femme des droits d'administration et de jouissance qui varient avec les différents régimes matrimoniaux [1].

Il est évident que le mari ne peut exercer ces droits, c'est-à-dire prendre en mains l'administration des biens de la femme et en toucher les revenus qu'à partir de la célébration du mariage. On ne peut concevoir un fiancé administrant dès avant le mariage les biens de sa fiancée : ce droit, que la loi accorde au mari, est attaché à la qualité d'époux, de chef de l'association conjugale, laquelle ne se forme que par le mariage. De même, le droit de jouissance n'existe et ne prend naissance au profit du mari qu'à partir de la célébration du mariage. Dans quel but, en effet, la jouissance des biens de la femme est-elle accordée au mari? C'est afin de l'aider à supporter les charges du ménage. Jusqu'à la célébration du mariage, ces charges n'existent pas, et, par suite, l'obligation de la femme de procurer à son mari, sous une forme ou sous une autre, la jouissance de ses biens manque de cause. Le droit d'administration du mari, aussi bien que son droit de jouissance, ne peuvent se concevoir qu'une fois la vie com-

(1) V. pour le régime de communauté les articles 1401, 1421 et 1428; pour le régime sans communauté, articles 1530 et 1531; pour le régime dotal, art. 1549; pour la séparation de biens, art. 1537.

mune commencée. Il s'agit là de l'effet proprement matrimonial du contrat de mariage, effet « contractuel » qui s'oppose à l'effet obligatoire « avant-contractuel » [1], que nous avons étudié en détail dans les deux chapitres précédents à propos des biens et des dettes des époux, et l'on ne saurait assigner à cet effet matrimonial d'autre point de départ que la célébration du mariage [2].

72. — Mais, en plus de ces pouvoirs qui résultent du régime matrimonial choisi par les époux, la femme elle-même peut, dans son contrat de mariage, accorder à son mari des pouvoirs spéciaux et plus étendus. La question se pose de savoir à partir de quel moment le mari pourra user de ces pouvoirs : sera-ce à partir du contrat de mariage — les actes accomplis par le fiancé dans l'intervalle du contrat au mariage étant rétroactivement validés par la célébration de celui-ci considéré comme l'accomplissement d'une condition suspensive (art. 1179) — ou bien sera-ce seulement à partir de la célébration du mariage?

73. — Pour répondre à cette question, il importe, croyons-nous, de distinguer trois cas.

La femme peut, d'abord, tout en s'en réservant la jouissance, donner à son mari mandat d'administrer les biens dont elle devait, d'après le principe du régime adopté, garder pour elle l'administration. C'est l'hypothèse prévue par l'art. 1577 pour le régime dotal et

(1) V. Supra, n° 30.

(2) Dans ce sens : Timbal. Op. cit., p. 147; Demogue, Rev. trim. 1906, art. cité, p. 278; Nast (Planiol et Ripert, VIII), 103. MM. Aubry et Rau précisent pour le régime dotal : « La jouissance du mari sur les biens dotaux s'ouvre au jour de la célébration du mariage. Ainsi, il a droit, à partir de cette époque, à tous les fruits naturels ou civils des biens dotaux, lors même que ces biens ne seraient délivrés que plus tard. D'un autre côté, si le mari avait dès avant le mariage recueilli des fruits naturels, ou si depuis le mariage il avait perçu des fruits civils antérieurement échus, il en devrait compte à la femme... » (§ 535, n. 24 et 25). Comp. également les articles 1530, 1540 et surtout 1440 et 1548.

qu'on peut étendre au régime de séparation de biens. Dans ce cas, le mari n'est qu'un simple mandataire de la femme (art. 1577).

La femme peut également, dans une hypothèse inverse, garder pour elle l'administration et concéder à son mari la jouissance des biens dont les revenus devaient, d'après le régime, lui rester propres. Dans ce cas, le mari doit être, selon l'expression du Code [1], considéré comme un usufruitier (d'ailleurs particulier) [2] des biens de la femme.

Enfin, on peut concevoir le cas où la femme a donné temps qu'elle lui en a concédé la jouissance : le mari réunit alors les deux qualités de mandataire et d'usufruitier.

1° *Mari mandataire.*

74. — Lorsque le mari administre les biens de la femme en vertu d'un mandat de celle-ci, il n'agit pas en son nom propre, mais au nom de sa femme. Grâce à la fiction de la représentation dans les actes juridiques, c'est la femme qui est réputée accomplir l'acte faisant l'objet du mandat. Le mandat donné au mari ne saurait donc être considéré comme modifiant le régime matrimonial [3], et, par suite, doit être étudié indépendamment de ce régime.

Dans ces conditions, nous sommes amenés à considérer ce mandat comme un mandat conditionnel ordinaire, conclu sous la condition « Si nuptiae sequantur » et nous sommes obligés de lui appliquer la rétroactivité de la condition inscrite dans l'art. 1179.

Ce n'est pas à dire que ce résultat sera toujours conforme à l'intention présumée des parties. Il n'y a pas de doute, par exemple, qu'une femme, qui s'est mariée sous le régime dotal et qui a confié l'adminis-

(1) V. les art. 1533, 1562 et 1580.
(2) V. Planiol. III, 1518.
(3) V. Planiol. II, 2240 *bis*.

tration de ses paraphernaux au mari, n'a voulu faire produire effet à cette convention qu'à partir de la célébration du mariage, entendant se réserver jusque-là l'administration de ses biens. Et nous percevons là combien le principe de la rétroactivité de la condition, que nous avons critiqué au début de ce travail [1], peut aboutir dans la pratique à des résultats non seulement peu justifiables du point de vue de la logique juridique mais encore directement contraires à la volonté même des contractants.

Mais le principe de la rétroactivité figure dans la loi, le texte de l'art. 1179 est formel et force nous est bien de l'appliquer. Aussi doit-on décider que les actes accomplis par le fiancé dans l'intervalle du contrat au mariage, en vertu d'un mandat de sa fiancée, sont rétroactivement validés par la célébration du mariage [2].

2° *Mari usufruitier.*

75. — Nous nous bornerons ici à répéter ce que nous avons dit plus haut [3] : le droit de jouissance du mari sur les biens de la femme, — qu'il résulte du principe même du régime matrimonial adopté ou qu'il lui soit concédé par une disposition spéciale du contrat de mariage, — ne peut commencer à être exercé qu'à la célébration du mariage. Ce n'est qu'à partir de ce moment que le mari pourra toucher les revenus des

---

(2) V. Supra, nos 5 et suiv.

(2) Ctra : Timbal. Op. cit., p. 152.

C'est pourquoi nous considérons comme irréprochable, — tout au moins quant à son dispositif, — l'arrêt rendu par la Cour de Toulouse le 8 mai 1883 (Gazette du Palais, t. V, 1er semestre, p. 114). — Cet arrêt décide que l'hypothèque consentie par le futur sur un bien de sa future, en vertu d'un mandat contenu dans le contrat de mariage et dans l'intervalle de ce contrat à la célébration du mariage, est rétroactivement validée par cette célébration. Seulement, la Cour de Toulouse a eu le tort de généraliser dans ses motifs l'application de la rétroactivité de l'art. 1179 au régime matrimonial lui-même.

M. Timbal, considérant le mandat contenu dans le contrat de mariage comme « intimement lié au régime matrimonial », se refuse à admettre toute rétroactivité. En ce sens : Guillouard. I, 330.

(3) Supra, n° 71.

biens de sa femme. Et c'est également à partir de la célébration du mariage que le mari sera tenu des obligations qui lui incombent en sa qualité d'usufruitier : réparations d'entretien, contributions et autres charges annuelles, etc.

3° *Mari mandataire et usufruitier.*

76. — Ce troisième cas n'est qu'une combinaison des deux premiers. Dès lors, nous admettrons deux points de départ différents pour les pouvoirs du mari : la passation du contrat pour les actes accomplis en qualité de mandataire et la célébration du mariage pour l'exercice de l'usufruit.

CHAPITRE IV

HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE

77. — La loi, dans l'art. 2121, accorde à la femme mariée une hypothèque sur les biens de son mari pour tous les droits et créances qu'elle peut avoir contre lui du fait du mariage. Cette hypothèque est générale (art. 2122) et dispensée d'inscription (article 2135).

Lorsque les époux se marient sans contrat, la question de la date à laquelle cette hypothèque légale prend rang ne fait pas difficulté : l'art. 2135, 2° pose, en principe, dans son premier alinéa, que c'est le jour du mariage (sous réserve des exceptions prévues dans les deuxième et troisième alinéas).

Mais, lorsqu'il a été fait un contrat de mariage, alors la question peut se poser de savoir quel rang on doit assigner à l'hypothèque légale de la femme mariée. Si le mari, dans l'intervalle du contrat au mariage, consent des hypothèques sur ses immeubles ou les vend, l'hypothèque de la femme primera-t-elle ces hypothèques et sera-t-elle opposable aux tiers acquéreurs?

78. — Nous disons que la question peut se poser. En effet, ce n'est pas assez, pour assigner comme point de départ de l'hypothèque légale de la femme le jour du mariage, de dire que cette hypothèque a été accordée à la femme en raison de l'état de dépendance et

de subordination où elle se trouve placée à l'égard de son mari du fait du mariage [1]. Certes, la situation prépondérante, dominante du mari dans l'association conjugale, dont il est le chef, justifie la garantie exceptionnelle qui a été donnée à la femme sous forme d'hypothèque légale et sert véritablement de base à celle-ci [2].

Mais de ce que cette dépendance de la femme envers son mari n'existe qu'à partir et du fait du mariage, de ce que les créances garanties par l'hypothèque légale sont celles que la femme aura contre son mari « à raison de sa qualité de femme mariée et par l'effet du mariage [3] », il ne s'ensuit pas nécessairement que l'hypothèque légale doit prendre rang à la célébration du mariage seulement et non pas dès le contrat de mariage.

En effet, il convient ici de rapprocher, comme le fait M. Demogue [4], le contrat de mariage de l'ouverture de crédit garantie par une hypothèque. Dans l'ouverture de crédit, la créance du créditeur contre le crédité ne prend pas naissance immédiatement mais seulement

---

(1) C'est commettre une erreur — ou tout au moins donner de la question un aperçu incomplet — que de dire que l'hypothèque légale a pour fondement l'administration du mari. On trouve cette idée exprimée dans de nombreuses décisions de jurisprudence (V. notamment : Req. 27 décembre 1859, S. 61, 1, 87; Caen, 5 juin 1876, S. 77, 2, 118; Req. 22 janvier 1878, S. 78, 1, 306). L'hypothèque légale ne trouve pas sa véritable raison d'être dans les pouvoirs d'administration du mari sur la fortune de sa femme. Ce qui le prouve bien, c'est que, même sous le régime de la séparation de biens où la femme garde l'administration et la jouissance de ses biens, elle conserve son hypothèque légale : c'est donc que celle-ci a une autre base. Ce que l'on peut dire, c'est que lorsque le régime adopté confère au mari l'administration et la jouissance des biens de la femme, la nécessité de l'hypothèque légale accordée à celle-ci s'en trouve renforcée.

(2) MM. Aubry et Rau (5e éd. III, § 264 *ter*, texte et notes 4 et 5) expriment cette idée avec netteté. Comp. également tome XI, § 704, n. 13.

(3) V. Planiol. II, 2820.

(4) Art. cité. Rev. trim. 1906, p. 273 et suiv

au moment où l'avance est effectivement consentie. Cependant on admet que l'hypothèque qui garantit cette créance peut être inscrite immédiatement, dès la conclusion du contrat, et qu'elle prend rang du jour de son inscription. Le créditeur, en effet, n'a consenti à ouvrir un crédit au crédité qu'en considération des sûretés que celui-ci pouvait lui offrir au jour du contrat. Il ne faut pas que le crédité puisse, par son fait, diminuer les garanties qu'il a offertes à son prêteur et qui ont déterminé celui-ci à lui ouvrir un crédit. Si l'on assignait comme rang à l'hypothèque garantissant la dette future du crédité le jour où il a effectivement emprunté, celui-ci pourrait dans l'intervalle du contrat à l'emprunt consentir sur ses immeubles des hypothèques qui primeraient celle du créditeur ou même aliéner ses biens à des tiers acquéreurs qui seraient à l'abri du droit de suite du créditeur.

Si l'on considère maintenant le contrat de mariage, on peut dire que, lui aussi, contient au profit de la femme contre son mari des créances futures qui ne prendront naissance qu'à la célébration du mariage : restitution de la dot par exemple. Et l'on peut soutenir que la femme n'a consenti à faire crédit à son mari qu'en considération des garanties que celui-ci lui offrait au moment du contrat, c'est-à-dire des immeubles qu'il possédait alors et qui étaient destinés à servir d'assiette à l'hypothèque légale. On serait donc fondé, en pure logique, à appliquer ici la solution admise pour l'ouverture de crédit et à faire remonter l'hypothèque de la femme au jour du contrat de mariage, afin qu'elle puisse primer les hypothèques que le mari aurait accordées dans l'intervalle du contrat au mariage ou que la femme ne puisse se voir opposer des aliénations consenties, pendant le même intervalle [1]. Ce serait là une nouvelle manifestation de l'effet obligatoire « avant-contractuel » du contrat de mariage que nous avons analysé antérieurement

(1) En ce sens : Demogue. Art. cité. Rev. trim. 1906, p. 279.

(v. supra n° 30) et dont nous avons étudié les applications pratiques à propos des biens et des dettes des époux.

79. — Il est pourtant impossible d'admettre cette solution. Il y a une raison péremptoire qui s'oppose à ce que l'hypothèque légale de la femme remonte au jour du contrat de mariage : c'est l'intérêt des tiers. Nous sommes ici, en effet, en présence d'une hypothèque légale « dispensée d'inscription » (art. 2135). Il faut donc pour suppléer à ce défaut d'inscription une certaine publicité qui permette aux tiers d'en avoir connaissance. Or le contrat de mariage est un acte secret, qui n'est l'objet d'aucune publicité : les tiers n'ont aucun moyen avant la célébration du mariage d'en connaître l'existence (loi du 10 juillet 1850). C'est le mariage seulement qui, par la publicité réelle ou légalement présumée dont sa célébration est entourée, peut avertir les tiers de l'existence d'une hypothèque légale frappant les biens du mari [1]. Le respect des droits acquis par les tiers dans l'intervalle du contrat au mariage exige que l'hypothèque légale de la femme ne prenne rang qu'à la célébration du mariage [2].

80. — C'est d'ailleurs la solution du Code. L'art. 2135 qui s'occupe « du rang que les hypothèques ont entre elles » dit : « L'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription... 2° Au profit des femmes pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur mari, et à compter du jour du mariage [3]. »

Il y a bien les deux art. 2194 et 2195 d'après lesquels l'inscription prise au profit de la femme, au cours des

(1) V. Aubry et Rau. 5e éd., III, § 264 *ter*, n. 64.

(2) En ce sens : Demogue. Art. cit., p. 280.

(3) Les deuxième et troisième propositions de ce texte ne constituent que des exceptions, devant être interprétées restrictivement, au principe général énoncé dans le premier alinéa. V. Planiol. II, 3119.

formalités de purge, aura le même effet que si elle avait été prise « le jour du contrat de mariage ». Mais on est d'accord pour voir là une survivance, involontaire de la part des rédacteurs du Code, du système suivi dans l'ancien droit, et d'après lequel l'hypothèque légale avait comme point de départ la célébration du mariage si les époux s'étaient mariés sans contrat, et la passation du contrat de mariage s'ils en avaient fait un, et que ce contrat fût notarié : dans l'ancien droit, en effet, les actes notariés emportaient de plein droit hypothèque légale. Ce système a été abandonné par le Code civil qui a posé au contraire le principe de la publicité hypothécaire, rendant nécessaire une inscription (art. 2134). Et il n'y a plus aujourd'hui à faire de distinction suivant que les époux ont fait un contrat de mariage ou se sont mariés sans contrat : l'art. 2135 s'applique indistinctement aux deux cas («... pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales... »). Enfin, sur cette question du point de départ des effets de l'hypothèque légale, c'est l'art. 2135, situé au siège de la matière, qui doit l'emporter sur les art. 2194 et 2195 qui ne s'en occupent qu'accessoirement.

81. — Cette opinion est partagée par la quasi-unanimité de la doctrine [1] et la jurisprudence s'est orientée également dans la même voie. La Cour de Cassation, par un arrêt de sa Chambre des Requêtes du 22 janvier 1878 (Gosselin c. Leroux, S. 78, 1, 306), dont les attendus ne laissent place à aucune controverse, a tranché définitivement la question [2].

---

(1) V. dans ce sens : Baudry-Lacantinerie. III, 1335; Aubry et Rau. 5e éd., III, § 264 *ter*, n. 64; Planiol. II, 3116; Timbal. Op. cit., p. 160 et suiv.

(2) V. également : Nîmes, 26 mars 1833, S. 34, 2, 90; Req. 27 décembre 1859, S. 61, 1, 87; Caen, 5 juin 1876, S. 77, 2, 118. — Ctra : Tribunal de Montpellier, 7 janvier 1870, D. 71, 3, 7, S. 71, 2, 100.

82. — Ajoutons, pour terminer, que rien ne s'oppose à ce que la fiancée stipule de son fiancé, par contrat de mariage, une hypothèque conventionnelle pour se garantir contre des ventes ou des hypothèques frauduleusement consenties par le fiancé dans l'intervalle du contrat au mariage. Seulement, cette hypothèque conventionnelle devra être inscrite [1].

(1) Dans ce sens : Aubry et Rau. 5e éd., III, § 264 *ter*, n. 62; Timbal. Op. cit., p. 175. M. Demogue (art. cité, Rev. trim. 1906, p. 280) inclinerait même à penser que l'hypothèque légale pourrait prendre rang avant le mariage, si une inscription était prise antérieurement à la célébration. Cette opinion nous paraît contredite formellement par le texte de l'art. 2135.

2me PARTIE

Donations

83. — Le contrat de mariage contient souvent des donations qui sont faites soit par un tiers à l'un des futurs époux, soit par l'un des futurs à l'autre. A partir de quel moment ces donations produiront-elles effet, c'est-à-dire à partir de quel moment le donataire aura-t-il la propriété et la jouissance des biens donnés? Sera-ce à partir du contrat de mariage ou seulement à partir de la célébration du mariage? Question particulièrement importante en ce qui concerne les immeubles, et qui intéresse non seulement les époux mais aussi les tiers.

84. — D'une manière générale, la doctrine considère les donations faites par contrat de mariage comme des donations conditionnelles, faites sous la condition suspensive « Si nuptiae sequantur », et elle leur applique l'art. 1179 et sa rétroactivité, c'est-à-dire qu'en cas de célébration de mariage le donataire sera réputé avoir été propriétaire des biens donnés dès le jour du contrat de mariage, et que si le mariage n'a pas lieu, la défaillance de la condition suspensive rendra inopérante la donation [1].

(1) Dans ce sens : Huc. IX, 60; Chausse. Art. cité Revue critique, p. 538; Cornil. Op. cit., p. 17; Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville. I, 195; Planiol. III, 3143 et 3147; Aubry et Rau. 5e éd., XI, § 735, n 3; Bartin sur Aubry et Rau. 5e éd., VII, § 501, n. 8 sexiès et XI, loc. cit. (pour les donations de biens présents seulement); Timbal. Op. cit., p. 20 et suiv.; Lacointa. Note au Sirey, sous Cass., 18 décembre 1878, S. 81, 1, 353; note au Dalloz sous Cass., 18 décembre 1878, D. 79, 1, 441.

La doctrine invoque à l'appui de sa thèse, non seulement la logique — car rien n'empêche, dit-elle, le donateur de consentir sa donation par acte séparé : celle-ci ne dépend pas nécessairement du mariage comme le régime matrimonial — mais aussi l'art. 1088 du C. civ., d'après lequel « toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas ». « L'art. 1088, disent MM. Aubry et Rau (loc. cit.), n'est qu'une application du principe que les donations faites sous une condition suspensive, expresse ou tacite, demeurent sans effet lorsque la condition ne se réalise pas ».

85. — Nous pensons que l'art. 1088 n'est pas une simple application du principe de l'art. 1179 et qu'il a une signification plus précise. Il était inutile de rappeler à propos des donations faites en faveur du mariage les principes généraux développés par le Code pour les obligations conditionnelles : toute donation faite « en considération du mariage projeté » devait être considérée comme affectée d'une condition suspensive, expresse ou tacite suivant la rédaction du contrat, qui était la célébration du mariage, et en cas de défaillance de cette condition point n'était besoin d'un texte spécial pour rendre la donation caduque.

L'art. 1088 a, selon nous, une autre signification : ce texte a la valeur d'une présomption légale d'après laquelle toute donation contenue dans un contrat de mariage est censée faite en vue du mariage projeté et cette présomption ne peut être combattue puisque l'art. 1088, sur son fondement, annule la donation si le mariage ne s'ensuit pas (art. 1352, alinéa 2).

Cette présomption n'est absolue qu'en ce qui concerne les donations faites par contrat de mariage et ne peut être étendue aux donations faites par acte séparé [1]. Outre que l'art. 1088 prend place dans un

(1) Ctra. Planiol. III, 3143.

chapitre intitulé « des donations faites par contrat de mariage... », dont tous les autres articles visent exclusivement de telles donations, il faut reconnaître qu'il n'y a aucune raison d'admettre « a priori » qu'une donation constatée par acte séparé a été faite en vue d'un mariage déterminé. On doit se décider, dans ce cas, d'après les termes de la donation : s'il résulte de ceux-ci que le donateur a entendu, expressément ou tacitement, subordonner sa donation à la célébration d'un mariage, la donation sera résolue en cas de non-célébration. Si la donation est pure et simple dans ses termes, alors la donation sera, en principe, maintenue en cas de non-célébration, sauf à reconnaître, dans les termes du droit commun, le droit pour le donateur de faire la preuve en justice que, le mariage seul l'ayant déterminé à faire sa donation, celle-ci doit être résolue si le mariage ne s'ensuit pas. Mais il faudra se livrer, en justice, à une recherche de la volonté du disposant. C'est pour éviter cette recherche, pour éviter que cette interprétation de la volonté du disposant ne donne lieu à des procès, que le Code présume d'une façon irréfragable que toute donation contenue dans un contrat de mariage est déterminée exclusivement par le mariage projeté, et qu'en conséquence la donation doit être caduque si le mariage ne s'ensuit pas.

86. — Cette signification de l'art. 1088 a bien été mise en lumière par un arrêt de la Cour de Toulouse du 4 août 1881 (Servat, c. Héranger, S. 82, 2, 242) qui est intéressant à un autre point de vue en ce qu'il définit parfaitement le rôle que joue le mariage dans les donations faites par contrat de mariage. Voici quelques-uns de ses attendus : « Attendu... que, dans ce cas (donation faite par contrat de mariage) la présomption légale que le mariage a été le *seul motif déterminant* de la libéralité est absolue et ne saurait être combattue par une preuve contraire; ... que, sans doute, en pareil cas (donation faite en dehors du contrat de mariage) le donateur, qui prétendrait que

sa libéralité n'a eu *d'autre cause* que le mariage lui-même, pourrait en faire la preuve s'il se trouvait dans des conditions où cette preuve serait admissible suivant les règles générales du droit, mais que ce serait à lui d'établir que, *le mariage faisant défaut, la donation n'a plus de cause...* ».

87. — Nous touchons ici à la notion de cause, qui va nous permettre de définir exactement la nature de la dépendance dans laquelle se trouve placée la donation vis-à-vis du mariage et de situer d'une façon précise le point de départ des effets de cette donation.

La donation par contrat de mariage peut être faite par un tiers à l'un des futurs époux ou bien par l'un des futurs à l'autre. Dans les deux cas, il est permis de dire que le mariage, suivant l'expression de la Cour de Toulouse, a été le « motif déterminant », la « cause » de la donation. Il est impossible, en effet, de prétendre, comme le fait M. Capitant [1], que la cause d'une donation peut être un « animus donandi » abstrait, envisagé indépendamment de tout motif. Dans une donation, le motif qui a déterminé le donateur à s'obliger est toujours connu du donataire; de ce fait, il rentre dans le champ contractuel, il fait partie de l'accord et s'incorpore à la cause, il devient cause lui-même.

Dans la donation entre futurs, il serait contraire à la réalité de vouloir donner comme cause à l'obligation du donateur un « animus donandi » abstrait : le donateur n'a été déterminé à donner que par le sentiment d'affection qu'il éprouvait à l'égard d'une personne destinée à devenir son conjoint, à acquérir la qualité de mari ou de femme par le mariage. En réalité, c'est au mari ou à la femme et non pas au fiancé ou à la fiancée que s'adresse la donation. On peut donc bien dire que le mariage est la cause de cette

(1) *De la Cause des obligations*, 3e éd., nos 34 et 196.

donation, et que s'il n'est pas célébré, la donation manque de cause et ne doit avoir aucun effet (art. 1131).

Ce lien de causalité apparaît encore plus clairement pour la donation consentie par un tiers à l'un des futurs ou constitution de dot. Là aussi, la cause de la donation n'est pas un « animus donandi » pur et simple. Pourquoi le tiers fait-il sa libéralité? Pour aider le donataire à supporter plus aisément les charges du mariage. Et même, on peut soutenir que le donataire n'est pas seul visé par l'acte du donateur : la libéralité de celui-ci s'adresse également au conjoint du donataire qui en profite, et aux enfants à naître du mariage. En un mot, la donation s'adresse à la famille qui va se fonder. Ce caractère « d'institution familiale » apparaît très nettement dans l'institution contractuelle (art. 1082). La donation « propter nuptias » faite par un tiers est réellement faite « en faveur du mariage ». La dépendance de cette donation vis-à-vis du mariage est ici encore plus étroite que pour la donation entre futurs. Et sans aller jusqu'à assimiler la donation « propter nuptias » à une donation avec charges (car le donataire est libre, après le mariage, de faire des biens donnés ce que bon lui semble), il est bien vrai de dire que la libéralité n'est qu'un moyen pour atteindre un but déterminé et que ce but c'est d'aider la famille. Ici aussi, on peut donc dire, comme pour la donation entre futurs, que le mariage est la cause de la donation, et que, le mariage faisant défaut, la donation manque de cause [1].

88. — Cette analyse que nous venons de présenter de la donation par contrat de mariage, et qui tient le mariage pour la cause de la donation, s'accorde au fond avec la théorie communément admise par la doctrine, qui considère le mariage comme une condition suspensive dont la défaillance entraîne la caducité de la donation.

(1) Dans ce sens : Capitant. Op. cit., n° 37.

Les deux notions de cause et de condition sont, en effet, assez rapprochées l'une de l'autre. Ne peut-on pas même dans une certaine mesure, dire qu'une obligation conditionnelle (sous condition suspensive) est une obligation dont la cause est en suspens, dont la cause n'existera qu'à l'arrivée de l'événement futur et incertain convenu? Certes, il faudrait se garder de généraliser une telle formule qui ne saurait être rigoureusement exacte en toute hypothèse. Mais nous croyons qu'on peut, sans risquer un contresens juridique, l'appliquer à notre matière, et, en ce sens, la théorie de la doctrine nous semble admissible. Il n'est pas inexact de dire qu'une donation faite par contrat de mariage est conclue sous la condition « si nuptiae sequantur », si on entend par là que, jusqu'à la célébration du mariage, l'obligation du donateur est sans cause : ce n'est qu'à partir de la célébration du mariage que le futur conjoint donataire aura la qualité d'époux ou d'épouse qui a déterminé l'autre futur à lui consentir une libéralité, ce n'est qu'à partir du même moment que commencera à exister la famille que le tiers donateur a voulu aider.

89. — Seulement, où nous nous séparons de la doctrine, c'est sur l'application exagérée qu'elle fait du principe de la rétroactivité de la condition, inscrit dans l'art. 1179. Nous avons montré, dans notre Introduction [1], comment il fallait entendre cette rétroactivité, qui n'a d'autre but que d'empêcher l'aliénateur sous condition de constituer dans l'intervalle du contrat à l'arrivée de l'événement, des droits réels opposables à l'acquéreur conditionnel. Mais point n'est besoin pour cela de faire remonter le transfert de propriété au jour du contrat. Pour nous, ce transfert n'a lieu qu'à l'arrivée de l'événement, la règle « nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet » devant

(1) V. Supra, nos 5 et 6.

suffire pour protéger le créancier conditionnel (acquéreur ou donataire).

Aussi, pour les donations par contrat de mariage, estimons-nous qu'on ne doit pas placer le transfert de propriété à la date du contrat de mariage, mais à la célébration du mariage [1].

90. — Toutefois, il y a un fait dont on est obligé de tenir compte : c'est que dès le contrat de mariage, le donateur est engagé envers le donataire : il ne peut revenir sur sa parole après qu'il a signé le contrat. Le contrat de mariage produit pour la donation qu'il contient, comme pour la convention matrimoniale proprement dite, un effet obligatoire dès l'instant de sa conclusion. Nous nous trouvons, pour la donation comme pour la convention matrimoniale, en présence de la même situation : d'une part, effet obligatoire dès la conclusion du contrat, et d'autre part, effet proprement matrimonial (fonctionnement du régime ou transfert de propriété) seulement à partir de la célébration du mariage. Et nous sommes amenés logiquement, par application des idées que nous avons développées dans notre Introduction sur les contrats conditionnels et éventuels, à proposer pour les donations par contrat de mariage la même construction technique que celle élaborée pour la convention matrimoniale proprement dite.

Pour nous, les donations faites en vue du mariage — aussi bien celles consenties par un tiers que celles entre futurs — ne sont, au moment où le contrat de mariage est signé, que des promesses. Exactement, le donateur, lorsqu'il signe le contrat, ne donne pas : il promet » de donner, il s'oblige à donner [2]. Mais la

(1) Pour les donations de biens présents, bien entendu, car pour la donation de biens à venir, le transfert de propriété ne peut avoir lieu qu'après le décès de l'instituant.

(2) « Une donation peut également avoir pour objet la création d'une obligation; elle peut se faire sous la forme d'une promesse... mais cette promesse doit nécessairement avoir pour objet une dation... Il n'y a de donation qu'autant que le donataire reçoit une dation ou immédiate, ou tout au moins promise. » (Planiol. III, 2503. V. également n° 2508).

réalisation définitive de la donation n'aura lieu que plus tard : à la célébration du mariage, pour la donation de biens présents, et après la mort de l'instituant, pour la donation de biens à venir, et ce n'est qu'à ce même moment que le transfert de propriété aura lieu.

91. — Aussi adopterons-nous pour la question du point de départ des effets des donations par contrat de mariage la même solution que pour la convention matrimoniale proprement dite, et dirons-nous que les effets de ces donations doivent se diviser : d'abord un effet obligatoire dès le contrat de mariage, qui consiste pour le donateur non seulement à ne pas revenir sur le contrat qu'il a signé, mais encore — et surtout — à s'abstenir dans l'intervalle du contrat à la réalisation de la donation de tout acte qui pourrait directement ou indirectement empêcher la donation de produire son effet ou modifier l'étendue de sa promesse; ensuite, la réalisation proprement dite, définitive, de la donation qui consiste dans le transfert de propriété et qui s'accomplit au mariage pour la donation de biens présents et après la mort de l'instituant pour la donation de biens à venir.

Mais pour mieux apercevoir cette division des effets des donations faites en vue du mariage, il convient d'examiner à part la donation de biens présents et la donation de biens à venir ou institution contractuelle.

CHAPITRE PREMIER

DONATION DE BIENS PRÉSENTS

§ I. — EFFET OBLIGATOIRE DÈS LE CONTRAT DE MARIAGE

92. — La jurisprudence a eu l'occasion de sanctionner à diverses reprises cet effet obligatoire de la donation faite par contrat de mariage.

C'est d'abord le caractère irrévocable de cette donation que la Cour de Cassation a sanctionné par un arrêt de sa Chambre des Requêtes du 16 février 1875 (Graux c. Vasseur, S. 75, 1, 297) : « Attendu que l'arrêt attaqué, faisant application de l'art. 1088 C. civ., décide à bon droit que la donation consentie dans un contrat de mariage par les père et mère au profit de leur fille ne devient caduque que si le mariage ne s'ensuit pas et qu'elle ne peut être révoquée que dans les cas déterminés par la loi... [1]. »

(1) Dans une note sous cet arrêt, M. Am. Boullanger prétend que les réserves (par lesquelles le père de famille se réserverait jusqu'au jour de la célébration l'exercice de son autorité paternelle et le droit de révocation) résultent « de la nature même de l'acte qui, après tout, n'est qu'un projet, un préliminaire, dont l'effet est nécessairement suspendu et qui ne lie dès lors les contractants que d'une manière provisoire ». C'est méconnaître la force obligatoire du contrat de mariage dès sa conclusion, et donner à l'autorité paternelle un pouvoir qu'elle n'a pas.

93. — L'effet obligatoire de la donation par contrat de mariage consiste aussi, avons-nous dit, dans l'obligation pour le donateur de s'abstenir de tout acte de nature à empêcher la donation de produire son effet.

C'est cette abstention que la Cour de Cassation a rendue efficace en annulant une vente consentie par un futur époux, dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage, de biens qu'il avait donnés à la future par ce contrat. (Req. 26 janvier 1847, Gauvillé c. Michel, S. 47, 1, 147) [1].

94. — Ce ne sont pas seulement les aliénations consenties par le donateur dans l'intervalle du contrat au mariage qui ne peuvent préjudicier aux droits du donataire : les dettes aussi, contractées par lui dans le même intervalle, ne doivent pas diminuer l'importance de la libéralité promise par le donateur lors du contrat de mariage.

C'est ce que la Cour de Cassation a eu l'occasion de décider, à propos d'une donation consentie entre futurs époux, par un arrêt du 7 février 1872 (Collineau c. Vergnes, S. 72, 1, 73). La Chambre civile de la Cour Suprême a jugé que la donation déguisée faite par l'un des époux à l'autre, par contrat de mariage, sous forme d'une reconnaissance d'apport, ne pouvait être attaquée par les créanciers dont les droits ont pris naissance entre le jour de ce contrat et la célébration du mariage, qu'à la charge de prouver que ladite donation a été faite par l'époux débiteur en vue de l'avenir et pour enlever à des tiers avec lesquels il se proposait de contracter les garanties qu'ils devaient considérer comme acquises à leurs créances.

---

(1) La Chambre des Requêtes rejeta un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Nancy, du 30 décembre 1844. Les deux arrêts invoquent, dans leurs attendus, la rétroactivité de la condition qu'ils appliquent au contrat de mariage tout entier, « d'où il résulte, dit l'arrêt de 1847, que le donataire a été propriétaire des objets donnés du jour du contrat, et que le donateur a vendu postérieurement la chose d'autrui, vente nulle d'après l'art. 1599 ».

Cet arrêt ne signifie pas, comme la rédaction de ses motifs pourrait le faire croire [1], que la donation elle-même, dans son effet principal : l'appauvrissement du donateur, remonte à la date du contrat de mariage. Il n'est pas nécessaire, pour refuser aux créanciers dont s'agit l'exercice de l'action paulienne, de considérer cet appauvrissement effectivement réalisé dès le contrat de mariage. Et l'arrêt de 1872 est intéressant, parce qu'il illustre bien la division que l'on doit faire, selon nous, entre les effets du contrat de mariage en général et de la donation par contrat de mariage en particulier. Il sanctionne cet effet obligatoire, attaché à toute promesse contractuelle, et qui existe dès l'accord des volontés, ici dès le contrat de mariage. Dans l'hypothèse de l'arrêt, la femme n'avait en réalité rien apporté au mari : celui-ci, par contrat de mariage, déclarait que la célébration du mariage vaudrait quittance de la dot. Par conséquent, c'est bien à la célébration du mariage que se place la donation faite par le mari à la femme et déguisée sous cette quittance fictive que constitue la célébration du mariage.

Mais cette reconnaissance de dette elle-même n'était que la conséquence, l'exécution de l'engagement qui avait été pris par le mari dans le contrat de mariage. La clause de ce contrat, par laquelle le mari consentait à se reconnaître débiteur de la femme à la célébration du mariage, était une promesse qui, dès sa conclusion, engageait le mari d'une façon irrévocable. Et la fraude qu'elle constituait à l'égard des créanciers du mari devait réellement remonter, dans le temps, à la date de la passation du contrat de mariage. Aussi est-ce avec raison que l'arrêt de 1872 a considéré les

(1) L'arrêt du 7 février 1872 casse un arrêt de la Cour de Bordeaux du 25 février 1868. Ces deux arrêts, dans leurs attendus, considèrent le contrat de mariage comme soumis à la condition de la célébration du mariage, avec l'effet rétroactif de de l'art. 1179 : « Attendu... qu'en conséquence la donation déguisée, faite par l'un des époux à l'autre, remonte pour sa date au jour du contrat de mariage... ».

créanciers dont le titre se plaçait entre le contrat et le mariage comme des créanciers postérieurs à l'acte frauduleux, irrecevables comme tels à intenter l'action paulienne [1].

95. — C'est aussi le souci de mettre la donation faite par un tiers à l'un des futurs époux, ou constitution de dot, à l'abri des dettes contractées par le constituant après le contrat de mariage, qui a dicté au législateur la rédaction de l'art. 1558, al. 4, d'après lequel l'immeuble dotal peut être vendu avec permission de justice « pour payer les dettes de la femme ou de ceux qui ont constitué la dot, lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au contrat de mariage ».

Nous avons dit [2] comment on devait, selon nous, interpréter ce texte en ce qui concerne les dettes de la femme, pour lesquelles nous avons, d'accord avec la jurisprudence et en opposition avec la doctrine, fixé le point de départ de l'insaisissabilité dotale à la date du mariage seulement. Et nous avons ajouté que le Code n'exigeait la date certaine antérieure au contrat de mariage que pour les dettes du constituant.

Notons d'abord que la disposition de l'art. 1558 ne nous paraît avoir d'utilité que dans le cas où la constitution de dot a été faite sous l'obligation pour la femme dotée de payer les dettes futures du constituant (constitution valable : articles 947 et 1086).

En effet, en dehors de cette hypothèse il ne saurait être question de vendre un immeuble dotal pour désintéresser les créanciers du constituant dont le titre aurait une date certaine postérieure au contrat de mariage, puisque ces mêmes créanciers n'auraient aucune action personnelle contre la femme.

Si la donation a été faite à la femme purement et simplement, celle-ci, comme tout acquéreur à titre

(1) Dans ce sens : Bartin sur Aubry et Rau. 5e éd., VII, § 501, n. 8 quater.

(2) V. Supra, n° 67.

particulier, n'est pas tenue des dettes de son auteur.

Si la constitution de dot a été consentie avec obligation pour la femme de payer les dettes du constituant énumérées dans un état annexé au contrat de mariage, il n'y a aucune raison de vendre l'immeuble dotal pour désintéresser des créanciers postérieurs au contrat puisque leur créance ne figure pas dans l'état.

Enfin, si la femme s'était engagée par contrat de mariage à payer les dettes actuelles ou présentes du constituant, sans qu'un état de ces dettes fût annexé au contrat (ce qui doit se présenter rarement dans la pratique), alors la femme ne serait tenue de payer que les dettes existant au jour du contrat et non pas au jour de la célébration du mariage, et cela en vertu du principe, que nous avons admis dans notre Première Partie [1], que l'appréciation de la fortune des époux devait se faire au jour du contrat de mariage et que les biens « présents » devaient s'entendre des biens existant lors du contrat de mariage. On doit raisonner de même lorsqu'il s'agit d'apprécier la situation de fortune du constituant [2].

Au contraire, lorsque la femme s'est obligée à payer les dettes futures du constituant (comme les art. 947 et 1086 l'y autorisent), elle s'est constituée par avance débitrice personnelle des créanciers du constituant, et l'on pourrait concevoir que la femme pût être autorisée à vendre un de ses immeubles dotaux pour désintéresser des créanciers ayant action sur elle.

C'est pour éviter cela, pour protéger la dot contre des engagements dont la femme, au moment où elle les contracte (lors du contrat de mariage), ne peut connaître l'importance et l'étendue, que le Code décide que l'immeuble dotal ne pourra être vendu que pour désintéresser les créanciers du constituant dont le titre aura date certaine antérieure au contrat de mariage. Là, le danger n'est plus aussi grand, car la femme est

(1) V. Supra, n° 47.

(2) Quant à la date certaine, point n'était besoin d'un texte spécial pour l'exiger : l'art. 1328 y suffisait.

en mesure, si elle le désire, de connaître l'étendue du passif grevant le constituant au jour du contrat de mariage.

96. — On pourrait objecter à notre interprétation de l'art. 1558, al. 4, qu'il est contradictoire de permettre l'aliénation d'un immeuble dotal pour désintéresser des créanciers de la femme dont le titre se place entre le contrat de mariage et la célébration du mariage, et de refuser cette même aliénation aux créanciers du constituant dont le droit a pris naissance dans le même intervalle. Le souci de sauvegarder les droits des tiers qui nous a fait admettre une solution favorable aux premiers devrait, semble-t-il, nous la faire concéder aux seconds.

Nous répondrons que la situation n'est pas la même dans les deux cas, car les créanciers avec lesquels le constituant se propose de traiter dans l'intervalle du contrat au mariage ont, dans la transcription de la donation faite par contrat de mariage, un moyen d'être avertis qui n'existe pas quand la femme se constitue en dot des biens qui lui appartenaient personnellement avant le contrat de mariage, auquel cas il n'y a pas lieu à transcription.

§ II. — TRANSFERT DES BIENS DONNÉS

En ce qui concerne la dot, c'est-à-dire la donation faite réellement « en faveur du mariage » par les parents ou même par des amis à l'un des futurs époux, nous invoquerons à l'appui de notre opinion, d'après laquelle le transfert des biens donnés ne s'opère qu'à la célébration du mariage, les deux articles 1440 et 1548 du Code, d'après lesquels les intérêts de la dot ne courent que du jour de la célébration du mariage. Si la jouissance des biens donnés n'est accordée — avec raison — à l'époux doté qu'à partir du mariage, quel intérêt y a-t-il à le déclarer propriétaire dès le contrat de mariage?

Quant à la donation faite par contrat de mariage, mais motivée par un simple sentiment d'amitié et non pas faite « propter nuptias » en vue d'aider le donataire à faire face aux charges du mariage, on ne peut raisonner que par analogie, les deux articles 1440 et 1548 visant expressément la dot.

Ajoutons que pour la donation ordinaire comme pour la dot, ce serait également aller à l'encontre de la volonté même des parties que de reporter le transfert des biens donnés au jour de la passation du contrat de mariage, puisque tous les contrats de mariage, en fait, stipulent que le futur époux donataire n'aura la propriété et la jouissance des biens donnés qu'à partir de la célébration du mariage [1].

(1) On peut rapprocher de la donation de biens présents faite par contrat de mariage, les cadeaux de fiançailles. Bien que ceux-ci soient une conséquence des fiançailles et non pas du contrat de mariage, nous relèverons ici deux décisions de jurisprudence les concernant. Les cadeaux de fiançailles sont des dons manuels faits sous la condition résolutoire « Si nuptiae non sequantur ». A la différence des donations étudiées au texte, ils opèrent une tradition immédiate; mais, comme ces donations, ils sont irrévocables dès qu'ils ont été consentis, et ils doivent être résolus si le mariage ne s'ensuit pas. Le caractère irrévocable des cadeaux de fiançailles a été consacré par un arrêt de la Cour de Douai du 23 mars 1926 (Journal des Notaires du 5 juin 1927, art. 35, 114), qui doit être rapproché de l'arrêt des Req. 16 février 1875 précité, et un jugement du Trib. civil de la Seine du 18 juillet 1923 (D. 23, 2, 206) a décidé qu'une bague de fiançailles devait être restituée, même lorsque la non-célébration du mariage résultait d'un cas de force majeure, comme la mort de l'un des fiancés.

CHAPITRE II

DONATION DE BIENS A VENIR

98. — La donation de biens à venir ou institution contractuelle présente cette particularité que la dévolution des biens de l'instituant à l'institué n'a lieu qu'après le décès de l'instituant, alors que, cependant, l'engagement pris par le donateur *est irrévocable du vivant de celui-ci* [1]. L'institution contractuelle est une disposition mixte, intermédiaire entre le testament, qui ne produit effet qu'à la mort du testateur et est révocable jusque-là, et la donation entre vifs irrévocable dès sa conclusion et produisant effet du vivant du disposant.

Aussi la question du point de départ des effets de la donation de biens à venir se pose-t-elle d'une façon spéciale. En ce qui concerne l'effet translatif de propriété, on est d'accord pour admettre qu'il ne peut se produire qu'après le décès de l'instituant. Mais pour l'effet obligatoire de l'institution du vivant de l'instituant, conséquence du caractère irrévocable de celle-ci et qui se manifeste sous le triple aspect de la non-caducité de l'institution en cas de décès de l'instituant avant la célébration du mariage, de l'indisponibilité à titre gratuit de l'art. 1083 et du rang pour la réduction

(1) Sauf lorsque la donation est faite entre époux pendant le mariage (art. 1906) et sous réserve de l'art. 1086.

en cas d'atteinte à la réserve, la question est plus délicate : faut-il choisir comme point de départ de cet effet obligatoire la date du contrat de mariage ou la célébration du mariage?

99. — M. Bartin, qui a examiné cette question dans de longues et importantes notes sur l'ouvrage de MM. Aubry et Rau [1], propose une seconde division des effets de l'institution contractuelle. Pour lui les effets antérieurs au décès de l'instituant doivent se scinder en deux groupes : d'une part, la non-caducité de l'institution en cas de décès du disposant avant le mariage qui doit être effective dès la passation du contrat de mariage; et d'autre part, l'indisponibilité à titre gratuit et le rang pour la réduction en cas d'atteinte à la réserve, auxquelles M. Bartin assigne comme point de départ la célébration du mariage seulement.

Quelles sont les raisons qui ont amené M. Bartin à adopter cette théorie?

En ce qui concerne le report à la célébration du mariage de l'indisponibilité à titre gratuit et du rang pour la réduction, M. Bartin invoque d'abord l'inconvénient que présenterait le report de ces deux effets à la date du contrat de mariage pour le cas où la célébration du mariage serait différée au delà des prévisions de l'instituant. Ce report laisserait peser sur l'instituant, « pendant un délai indéterminé qu'il ne dépend pas de lui d'abréger, une indisponibilité simplement éventuelle, devenue peut-être, par la prolongation insolite de ce délai, essentiellement contraire à ses intentions et à son but [2]. »

Mais M. Bartin a surtout été déterminé par cette idée que le mariage joue dans la donation de biens à venir un rôle beaucoup plus important, beaucoup plus nécessaire que dans la donation de biens présents. « Si je comprends très bien, dit-il [3], que l'art. 1088 ne

(1) 5e éd., XI, § 735, n. 3 et § 739, n. 56 quater et 96.
(2) § 739, n. 56 quater.
(3) § 735, n. 3.

soit qu'une application des règles de droit commun de la condition pour les donations par contrat de mariage pour lesquelles la célébration du mariage joue le rôle d'une condition proprement dite, c'est-à-dire pour les donations ordinaires de biens présents, je suis beaucoup moins certain de l'exactitude de la formule pour les donations qui ne peuvent être faites que par contrat de mariage, pour lesquelles par conséquent la célébration du mariage ne peut, par définition même, jouer le rôle d'une condition proprement dite, c'est-à-dire d'une modalité accidentelle de l'acte... Il s'agit de savoir si le report des effets de la donation de biens à venir doit se faire au jour du contrat de mariage ou seulement au jour du mariage. Et si l'on ne peut fonder la première solution que sur la rétroactivité de la célébration du mariage, considérée comme une condition proprement dite..., l'argumentation n'est pas des plus solides ». Et M. Bartin, se fondant sur cette « opposition nécessaire de la notion de caducité et de la notion de condition, celle-ci décidément inapplicable dans la matière », reporte à la date de la célébration du mariage les effets de l'institution contractuelle en ce qui concerne l'impossibilité de disposer à titre gratuit et l'ordre dans lequel s'exercera la réduction [1].

Quant à la question de la caducité, M. Bartin croit pouvoir démontrer que l'on peut, « sans défaillance de logique », reporter les effets de l'institution contractuelle à la date du contrat de mariage en ce qui concerne l'irrévocabilité de l'institution malgré le décès du disposant avant le mariage, tout en reportant, comme il le fait, les autres effets à la célébration du mariage [2]. « Cela n'est pas plus étrange, dit-il, que de diviser dès le principe en deux catégories tous les effets de l'institution contractuelle. C'est précisément le trait distinctif de cette libéralité de comporter une division

(1) § 739, n. 56 quater. V. également § 699, n. 4 ter.
(2) § 739, n. 56 quater *in fine*.

fondamentale de l'ensemble de ses effets... Lors donc qu'une nouvelle division de... ceux qui se produisent avant le décès du disposant paraît commandée par cette double considération : d'une part, que l'indisponibilité éventuelle... ne se comprend que par la célébration du mariage et par conséquent à la date de cette célébration; d'autre part que la promesse de succession à laquelle elle se ramène est une promesse ferme, irrévocable.. du jour du contrat de mariage, on ne voit pas quelle objection de théorie pourrait être faite contre cette division nouvelle des effets de l'institution... [1]. »

100. — Pour examiner la valeur de cette argumentation, et pour pouvoir fixer avec quelque justesse le point de départ des effets de l'institution contractuelle, il est nécessaire de se rendre un compte aussi exact que possible de la construction technique de cette opération juridique complexe qu'est la donation de biens à venir.

Pour MM. Aubry et Rau [2], « l'institué est, du jour même de l'institution, contractuellement investi du titre d'héritier ou de successeur de l'instituant, et irrévocablement saisi du droit de succession que ce titre lui confère. Mais il ne devient propriétaire des biens formant l'objet de l'institution qu'à partir du décès de l'instituant... »

Ces auteurs, dans une note importante sous ce texte, ont cherché à déterminer la nature du droit qui compète à l'institué pendant la vie de l'instituant : « ... Quant à nous, disent-ils, il nous paraît certain : d'une part, que l'institution contractuelle confère à l'institué non pas seulement une espérance ou expectative de succéder... mais bien un droit irrévocablement acquis; d'autre part, que ce droit... ne constitue qu'un droit successif... c'est-à-dire un droit subor-

(1) § 739, n. 96.
(2) § 739, XI, p. 673.

donné quant à son ouverture tant au décès de l'instituant qu'à la survie de l'institué, et dont l'objet même... n'existera comme tel que lors de l'événement de ce décès [1] ». Et MM. Aubry et Rau résument la situation de l'institué en disant que son titre est irrévocable, mais que son droit a le caractère d'un droit successif, étant tout à la fois conditionnel quant à son ouverture et éventuel quant à son objet [2].

101. — Quant à nous, l'idée qui nous paraît devoir guider toute tentative d'explication de l'institution contractuelle, est qu'il y a là *deux* actes juridiques distincts se formant, l'un au moment de la conclusion du contrat de mariage, et l'autre, conséquence du premier, après le décès de l'instituant lors de l'acceptation de l'institué. Il nous semble impossible d'expliquer la division des effets de l'institution contractuelle : effet obligatoire du vivant de l'instituant et effet translatif de propriété après son décès, si l'on persiste à ne voir dans la donation de biens à venir qu'un seul acte juridique.

Nous croyons intéressant de rapporter ici ce que dit M. Demogue à propos du testament et de la succession *ab intestat* qu'il cherche à analyser au moyen de l' « avant-acte » : « Le testament n'est pas cet acte isolé, inexplicable au point de vue technique que l'on présente d'ordinaire. C'est un avant-acte consistant en *une offre de convention* faite au bénéficiaire, offre qui deviendra complète par l'acceptation du légataire, mais cette acceptation rétroagit au jour du décès... Ainsi le testament est techniquement une *sorte d'offre* révocable jusqu'au décès, mais irrévocable à ce moment et susceptible d'être acceptée seulement après décès... C'est donc *une simple variété de convention.* Le testament n'est plus alors l'acte par lequel on dis-

(1) § 739, n. 57.
(2) V. également § 739, n. 60.

pose de ses biens... C'est l'acte... par lequel *on offre* (irrévocablement après le décès) une chose au légataire ou à un tiers [1]. »

Plus loin, M. Demogue dit à propos de la succession *ab intestat :* « La loi, se faisant elle-même le représentant du « de cujus » et se fondant d'ailleurs tant sur sa volonté probable que sur l'intérêt social, ne fait-elle pas une *sorte d'offre* à l'héritier au nom du défunt... L'héritier *accepte cette offre* de la succession *ou la repousse...* [2]. »

102. — Nous croyons qu'il est possible, à l'aide des idées qui précèdent, d'esquisser une construction technique satisfaisante de l'institution contractuelle. Il y a, avons-nous dit, dans la donation de biens à venir deux actes juridiques distincts. En réalité, l'opération se déroule en quatre phases successives : d'abord un premier acte juridique formé lors du contrat de mariage; puis un fait juridique : la célébration du mariage; ensuite, un autre fait juridique : le prédécès de l'instituant; et enfin un deuxième acte juridique qui termine l'opération : l'acceptation de l'institué.

Le premier acte juridique, c'est proprement l'institution contractuelle faite dans le contrat de mariage. Quel est l'objet de cette libéralité? Qu'est-ce que donne l'instituant à l'institué? Exactement, ce que l'instituant accorde à l'institué, c'est une « vocation héréditaire », c'est-à-dire le droit de venir (lui ou ses enfants) à sa succession en qualité d'héritier, et d'exercer à ce moment son option. Et cette vocation héréditaire est acceptée immédiatement par l'institué dans le contrat de mariage (art. 1087); c'est pourquoi elle est irrévocable dès ce moment et confère à l'institué un droit définitivement acquis.

Ensuite intervient un fait juridique : la célébration du mariage. Le mariage est indispensable : l'institu-

(1) *Des obligations,* II, p. 6.
(2) *Obligations,* II, p. 8.

tion contractuelle est faite pour soutenir une famille qui va se fonder. Si le mariage n'a pas lieu, l'institution contractuelle n'a plus de raison d'être, elle perd sa cause.

A ce premier fait juridique doit venir s'en ajouter un second, le prédécès de l'instituant, nécessaire lui aussi à l'opération pour la même raison : si la famille n'existe plus lorsque la donation est susceptible de produire son effet, celle-ci devient caduque, faute de cause. C'est à ce moment que l'institué va pouvoir exercer son option en qualité d'héritier. Sa situation présente alors une certaine analogie avec celle du stipulant auquel une promesse de vente a été consentie. Celui-ci se trouve en présence d'une offre qui lui a été faite par le promettant, et il ne dépend que de lui, en l'acceptant, de réaliser la vente : lui aussi, il a une option à exercer. Si l'on rapproche maintenant la promesse de vente de la « promesse de succession » que constitue l'institution contractuelle, suivant la formule de M. Bartin [1], ne peut-on pas, en s'aidant des idées de M. Demogue sur le testament et la succession *ab intestat* rapportées plus haut, dire qu'au décès de l'instituant une offre est faite à l'institué? Cette offre, l'institué n'a pu l'accepter auparavant, du vivant de l'instituant, car ce qui en fait l'objet, ce n'est pas tel ou tel bien à prendre au jour du décès du donateur, *c'est une portion* — déterminée ou aliquote, — de *sa succession*. L'instituant n'a pas entendu se dépouiller de son vivant, il a voulu que le donataire ne recueillît la chose donnée que s'il lui survivait, et, jusqu'à sa mort, on ne pouvait savoir si la chose donnée à titre particulier se retrouverait dans sa succession ou quelle serait la consistance de la part aliquote qui reviendrait à l'institué. L'offre n'est donc faite à celui-ci qu'au moment du décès de l'instituant et ce n'est qu'à ce même moment que la situation de l'institué contrac-

(1) § 739, n. 96.

tuel peut être comparée à celle du stipulant bénéficiaire d'une promesse de vente. M. Bartin définit l'institution contractuelle une « promesse de succession ». L'idée est juste, et en la combinant avec celles de M. Demogue, on peut dire qu'au jour du contrat de mariage, l'instituant promet à l'institué qu'une portion de sa succession lui sera offerte à son décès. Il n'y a pas à objecter ici que l'instituant, étant mort, ne peut faire une offre lui-même : nous répondrons, comme M. Demogue, que c'est la loi qui, se constituant elle-même le représentant du « de cujus », fait l'offre à l'héritier institué au nom du défunt.

Enfin, au quatrième et dernier stade de l'opération, apparaît l'option de l'institué : deuxième acte juridique. S'il renonce, toute l'opération est anéantie, et les actes que l'instituant aurait pu accomplir de son vivant en fraude de l'institué (art. 1083) sont validés définitivement, comme si l'institution contractuelle n'avait jamais été faite. Mais si l'institué accepte, alors l'opération devient complète et produit l'effet en vue duquel elle avait été commencée. L'offre de succession étant acceptée définitivement par l'institué, celui-ci recueille la part de succession qui lui avait été promise.

103. — L'analyse que nous venons d'esquisser de l'institution contractuelle va nous permettre de fixer en connaissance de cause le point de départ de ses effets.

Si l'institution contractuelle est une promesse de succession qui se réalise par l'acceptation de l'institué, alors, très logiquement, nous admettrons que les effets de l'institution doivent, eux aussi, se diviser : il y a, d'une part, un effet obligatoire qui s'attache à la « promesse de succession », comme à toute promesse, et cela dès le jour où la promesse a été consentie, c'est-à-dire dès le contrat de mariage; et il y a, d'autre part, un effet de dévolution des biens qui, étant la consé-

quence de l'acceptation de l'offre par l'institué, se placera à la date même de cette acceptation.

L'effet obligatoire de l'institution contractuelle se manifeste, comme pour toute promesse, d'une double façon : d'abord par le caractère irrévocable de l'institution qui fait qu'elle n'est point caduque par le décès du disposant survenant entre le contrat et le mariage; et ensuite par l'obligation qui incombe à l'instituant, comme à tout promettant, de s'abstenir de tout acte susceptible d'empêcher la promesse de se réaliser définitivement à son décès. Mais le Code limite cette obligation à l'interdiction de disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation (art. 1083). Et par une conséquence naturelle de ce qui précède on doit admettre que c'est au jour du contrat de mariage qu'il faudra fixer le rang de l'institution contractuelle lorsqu'il y aura lieu de réduire des donations par lesquelles l'instituant aurait entamé la réserve légale de ses héritiers.

Quant à l'effet translatif de propriété, on devrait logiquement le placer à la date de l'acceptation de l'institué, si le Code, par son art. 777, ne stipulait expressément que les effets de l'acceptation d'une succession remontent au jour du décès. Mais il ne saurait évidemment être question de faire remonter le transfert de propriété au jour du contrat de mariage : sur ce point tout le monde est d'accord.

104. — Il nous reste maintenant à réfuter brièvement les arguments par lesquels M. Bartin a cru pouvoir justifier la division des effets de l'institution antérieurs au décès de l'instituant.

Pour ce qui est de l'inconvénient que pourrait présenter pour l'instituant le report à la date du contrat de mariage de l'indisponibilité à titre gratuit, lorsque la célébration du mariage serait remise à une échéance plus lointaine que ne l'escomptait l'instituant, nous ferons observer que c'est là la situation dans laquelle se trouve toute personne qui a aliéné un bien sous une

condition suspensive ou une éventualité quelconque. C'est notamment le cas du tiers qui a fait à l'un des futurs époux une donation de biens présents, dont la réalisation dépend de la célébration du mariage, célébration dont il n'est pas au pouvoir du donateur de fixer l'échéance. Sur lui aussi pèse une indisponibilité qui n'est pas seulement à titre gratuit mais à titre onéreux et qui produit effet dès le contrat de mariage (v. l'arrêt Req. 26 janvier 1847 cité plus haut). D'ailleurs, il serait trop dangereux pour l'institué, surtout si un long intervalle s'écoule entre le contrat et le mariage, de ne faire partir l'indisponibilité de l'art. 1083 que de la célébration du mariage. M. Bartin reconnaît lui-même [1] que cette indisponibilité est la garantie de la promesse de succession faite par l'instituant : on doit logiquement et nécessairement garantir une promesse dès l'instant où elle est faite.

Quant à « l'opposition nécessaire de la notion de caducité et de la notion de condition, celle-ci décidément inapplicable dans la matière », nous avons montré plus haut [2], en faisant ressortir le rôle de cause que jouait le mariage dans les donations par contrat de mariage, que les deux notions de cause et de condition n'étaient pas opposées mais connexes, l'obligation conditionnelle étant une obligation dont la cause est en suspens. Si la condition est une « modalité accidentelle » de l'acte parce qu'elle est l'effet de la libre volonté des parties, elle n'en a pas moins comme résultat d'altérer profondément l'obligation puisqu'elle la prive au moins temporairement d'un de ses éléments de formation et le plus important : la cause. Nous reconnaissons que l'institution contractuelle est dans une dépendance plus étroite vis-à-vis du mariage que les donations de biens présents, puisqu'elle ne peut être faite que par contrat de mariage; mais la seule conséquence

(1) § 739, n. 96.
(2) V. Supra, n° 88.

qu'on pourrait en induire, ce serait de la considérer comme une donation faite dans « l'éventualité » de la célébration du mariage au lieu d'être faite sous la « condition » de cette même célébration, et au point de vue de la construction technique de l'institution contractuelle cela ne changerait rien [1]. Au surplus, point n'est besoin de faire intervenir la rétroactivité de la condition accomplie pour décider que l'indisponibilité à titre gratuit remonte à la célébration du mariage : le simple effet obligatoire qui s'attache à toute promesse irrévocable suffit pour cela. D'ailleurs, la rétroactivité de l'art. 1179 n'intervient que lorsqu'il s'agit de fixer le transfert de propriété : or personne, et M. Bartin lui-même, ne songe à faire remonter le droit de propriété de l'institué à la date du contrat de mariage.

Enfin, contrairement à ce que pense M. Bartin, la division qu'il nous propose nous paraît contraire à la logique. Autant il est normal de diviser, dès le principe, en deux catégories les effets de l'institution contractuelle, — effet obligatoire du vivant de l'instituant, et effet translatif à sa mort, — parce que cette division est le reflet de l'analyse de cette libéralité qui repose sur deux actes juridiques distincts, autant il est singulier de vouloir séparer l'indisponibilité à titre gratuit et sa conséquence l'antériorité pour la réduction en cas d'atteinte à la réserve, de la non-caducité en cas de décès du disposant avant le mariage. Entre la promesse de succession faite dans le contrat de mariage et l'acceptation de l'institué, aucun acte juridique nouveau n'intervient.

105. — Nous voudrions, pour terminer cette étude de l'institution contractuelle, réfuter une dernière objection présentée par M. Bartin au sujet de l'hypothèque légale de la femme mariée instituée par son mari.

---

(1) V. Supra, n° 3.

On admet que la femme contractuellement instituée par son mari peut, pour la conservation des droits que l'institution lui confère, prendre inscription sur les biens de ce dernier en vertu de l'hypothèque légale de l'art. 2135. « Il est bien entendu, dit M. Bartin, que même pour les personnes qui font remonter l'effet de l'institution contractuelle à la date du contrat de mariage, l'hypothèque légale appelée à la garantir ne peut jamais remonter qu'au jour de la célébration du mariage : art. 2135. Cette solution certaine est d'ailleurs peu en harmonie avec le report des effets de l'institution contractuelle à la date du contrat de mariage, si on l'admet [1] ».

Il nous semble n'y avoir aucune contradiction entre les deux solutions. Prenons, en effet, comme exemple d'une situation analogue, le cas du tuteur signalé par MM. Aubry et Rau [2]. Le tuteur répond des conséquences du défaut de transcription d'une donation faite par lui au mineur en sa double qualité de donateur et de tuteur, et la responsabilité qui pèse sur lui comme tuteur est plus efficace puisqu'elle est assurée par une hypohèque légale. Pour le mari, qui a fait par contrat de mariage une institution contractuelle à sa femme, il y a aussi une double responsabilité comme donateur et comme mari, cette dernière étant sanctionnée par l'hypothèque légale de la femme; mais cette double responsabilité n'existe qu'à partir du moment où le mari réunit les qualités de donateur et de mari, c'est-à-dire à partir de la célébration du mariage seulement. Jusque-là, il n'est responsable envers sa femme qu'en tant que donateur et cette responsabilité n'est point assurée par l'hypothèque légale de la femme.

(1) Sur Aubry et Rau. 5e éd., XI, § 780, n. 64 ter.
(2) 5e éd., XI, § 704, n. 18.

CONCLUSION

106. — Arrivés au terme de cette étude sur le «Point de départ des effets du contrat de mariage », nous croyons avoir apporté une démonstration admissible, quoique discutable peut-être, de la théorie que nous avons formulée dans notre Introduction sur les contrats conditionnels ou éventuels. Nous inspirant des idées développées par M. Demogue sur les droits éventuels, mais substituant à sa conception de l'avant-acte celle de l'avant-contrat, nous avons esquissé une analyse particulière de ces contrats qui consiste à scinder l'opération juridique en deux parties : d'abord un premier acte, apparent, par lequel les parties échangent des promesses, et ensuite un deuxième acte, où ces promesses se transforment en engagements fermes et définitifs. Et cette division de l'opération juridique dans sa structure entraîne nécessairement une division de ses effets : d'abord un effet obligatoire dès le jour du contrat, et ensuite l'effet principal et définitif en vue duquel les parties ont contracté, à l'arrivée de l'événement futur et incertain.

Cette « articulation » du contrat éventuel, nous l'avons vu jouer en étudiant de près le contrat de mariage. Nous avons vu l'effet obligatoire de la convention matrimoniale proprement dite, sous la double action du législateur (art. 1404, alinéa 2) et de la jurisprudence (arrêt du 18 décembre 1878), se manifester utilement pour empêcher les futurs époux de dénaturer, par des actes accomplis dans l'intervalle du contrat au mariage, les engagements qu'ils avaient pris dans ce contrat. Mais c'est surtout dans l'institution contractuelle que la nécessité de décomposer cette opération juridique complexe qu'est un contrat conditionnel ou éventuel, est apparue très nettement : la division des effets de la donation de biens à venir, conséquence et manifestation elle-même de l'élaboration progressive de l'acte définitif, s'impose avec encore plus de force que pour la convention établissant le régime matrimonial.

Cette construction technique du contrat conditionnel ou éventuel devait également nous amener, très logiquement, à prendre position contre l'interprétation erronée de cet article 1179, si souvent invoqué par les auteurs et les arrêts. Autant ce texte, interprété sainement, répond à la fois aux exigences de la logique et aux besoins de la pratique, en ce qu'il sanctionne l'effet obligatoire de cette promesse qu'est tout contrat conditionnel ou éventuel, autant il devient gênant et dangereux lorsqu'on veut s'en servir pour faire remonter l'effet principal du contrat définitif à la date de la promesse. C'est rendre à la théorie de la condition un mauvais service, — et la faire écarter dans bien des cas où elle pourrait s'employer, — que d'y attacher comme une conséquence nécessaire cet effet rétroactif. Et c'est bien là, au fond, la raison principale pour laquelle la doctrine a toujours repoussé si vigoureusement la formule du contrat de mariage conclu « sous la condition » de la célébration du mariage.

Quant à nous, que n'embarrasse point cette rétroactivité, nous reprendrons la vieille formule, — en la modifiant légèrement toutefois pour tenir compte de la nuance qui sépare le contrat conditionnel du contrat éventuel, — et nous dirons que le contrat de mariage est fait « dans l'éventualité » de la célébration du mariage.

Vu :
Le Doyen :
J. TRÉLOHAN.

Vu :
Le Président de thèse :
André TRASBOT.

Vu et permis d'imprimer :
Rennes, le 12 Juin 1930.
Le Recteur :
L. GÉRARD-VARET.

Table des Matières

Bibliographie 7
Introduction 9

Première Partie

REGIME MATRIMONIAL

Chapitre Premier : LE PRINCIPE

Section I : *Les textes du Code* 35
Section II : *La Jurisprudence* 37
Section III : *La Doctrine* 40
Section IV : *Division des effets du Contrat de mariage* 41

Chapitre II : LES APPLICATIONS

Section I : *La condition des biens* 51
§ 1. — *Communauté légale* 52
§ 2. — *Communauté conventionnelle* 61
1° Communauté réduite aux acquêts 61
2° Clause de réalisation ou d'ameublissement, total ou partiel, des biens présents ou futurs.. 62
§ 3. — *Régime dotal* 66

Section II : *Les dettes des époux* 71
§ 1. — *Communauté légale* 71
§ 2. — *Communauté conventionelle* 73
1° Clause de séparatoin de dettes.. 73
2° Clause d'apport franc et quitte. 74
§ 3. — *Régime exclusif de communauté* 74
§ 4. — *Régime de séparation de biens* 74
§ 5. — *Régime dotal* 75

Section III : *Droits et pouvoirs du mari*..... 86
§ 1. — *Mari mandataire*..... 88
§ 2. — *Mari usufruitier*..... 89
§ 3. — *Mari mandataire et usufruitier*..... 90

Section IV : *Hypothèque légale de la femme*..... 91

DEUXIÈME PARTIE

DONATIONS

CHAPITRE PREMIER

Donation de biens présents..... 105

CHAPITRE II

Donation de biens à venir..... 112
CONCLUSION 125

IMP. PROVINCIALE - RENNES